147

OPERE

DI

G. D. ROMAGNOSI

RIORDINATE ED ILLUSTRATE

DA

ALESSANDRO DE GIORGI

DOTTORE IN FILOSOFIA E IN LEGGI

CON ANNOTAZIONI, LA VITA DELL' AUTORE, L'INDICE DELLE DEFINIZIONI E DOTTRINE COMPRESE NELLE OPERE, ED UN SAGGIO CRITICO E ANALITICO SU LE LEGGI NATURALI DELL' ORDINE MORALE PER SERVIRE D' INTRODUZIONE ED ANALISI DELLE MEDESIME.

VOL. VII. P. I.

SCRITTI SU 'L DIRITTO FILOSOFICO-POSITIVO

MILANO
PRESSO PERELLI E MARIANI EDITORI
CO' I TIPI DI ANGELO SICCA IN PADOVA
1845

OPERE

EDITE ED INEDITE

DI

GIANDOMENICO ROMAGNOSI

INTORNO AL

DIRITTO FILOSOFICO-POSITIVO

AVVERTIMENTO

Credo di avere a ragione intitolato questo Volume *Delle Opere intorno al Diritto filosofico-positivo;* giacchè non saprei come indicare in altra guisa l'indole degli scritti di Romagnosi in esso compresi, i quali sebene versino intorno alla Giurisprudenza positiva, nulla ostante non sono mai angustiati per entro a quei gretti confini che d'ordinario restringono il comune concetto della positiva Giurisprudenza. Non è già il nudo testo delle leggi applicato ai casi particolari; non è la sposizione anche fatta a guisa di Trattato, e non di semplice Commentario agli articoli di un Codice, a cui si limiti il nostro Autore. Le grandi vedute di una mente profonda, avvezza a cogliere l'insieme dei rapporti civili, a cercare i fondamenti di ragione in tutto che alla società si riferisce, e a fare che ogni ricerca, ogni discussione, ogni fatto si rivolga infine, si animi, si subordini alle viste sublimi della scienza completa, riguardante la vita e il régime dello Stato, alla *civile Filosofia;* ecco il carattere che distingue al pari degli altri anche questi lavori della gran mente del nostro Autore. Senza che, ve n' hanno di quelli che sono esami autorevoli di leggi esistenti, e proposte di nuove disposizioni, anzichè semplici studj da privato giureconsulto sopra leggi già fatte. Ecco in pochi cenni quanto si comprende in questo Volume. Le dichiarazioni che saranno necessarie alla intelligenza

dell' uno o dell' altro dei molti scritti che lo compongono, torneranno acconce inserite che siano al loro luogo, meglio che se fossero esposte quì con un lungo discorso. Si avverta solo che, diversamente da quanto fu praticato negli altri Volumi, per maggior comodo e brevità nelle citazioni, i paragrafi sono tutti segnati di séguito, senza ricominciarne una nuova serie ad ogni collezione di scritti più strettamente analoghi.

ADG.

LEZIONI INEDITE SU 'L DIRITTO CIVILE

DETTE

NELL' UNIVERSITÀ DI PAVIA DA G. D. ROMAGNOSI

L' ANNO MDCCCVIII

E DA LUI INTITOLATE

Paratitli universali e ragionati del Codice Napoleone

paragonati co 'l Diritto romano

PREMESSOVI

IL DISCORSO DI PROLUSIONE

IVI STAMPATO L' ANNO MEDESIMO

DISCORSO

DI

GIANDOMENICO ROMAGNOSI

PROF. DI DIRITTO CIVILE NELLA R. UNIVERSITÀ DI PAVIA

SU I VANTAGGI CHE ALL'ISTRUZIONE PUBLICA RISULTANO DAL CODICE NAPOLEONE

AGLI UDITORI DI DIRITTO CIVILE

DELLA REGIA UNIVERSITÀ DI PAVIA

G. D. ROMAGNOSI

Quando voi avete proclamata la stampa del Discorso co 'l quale ho incominciato le mie Lezioni di Diritto civile, ho avuto ragione di congetturare che voi bramaste di aver sempre avanti gli occhi i motivi che io v'esposi onde compiere con maggior fervore lo studio della nuova Giurisprudenza civile. Senza questa mira io non avrei mai osato publicare questo scritto, per non accrescere il novero di quelli i quali o non dicono cose nuove, o producono riflessioni che agevolmente si possono dedurre dalle cose già note.

Possa questo mio atto di condiscendenza persuadervi ancor più ch'io v'amo e stimo veramente.

PROLUSIONE

§ 1. La prima volta in cui mi è dato, Giovani valorosissimi, di sedere in mezzo a voi come interprete della Ragione civile, credo conveniente esprimervi quell' unione di sentimenti che la maestà del luogo, la felicità dei tempi, e la dignità della istruzione affidatami inspirano al mio cuore.

§ 2. Con tanto più di compiacenza poi adempisco questo dovere, quanto più scopro motivi importanti di congratularmi con voi, con me, che sia pur finalmente giunto il tempo in cui fia concesso di consegnare dalle catedre intemerati e chiari i dettami della civile Giustizia. Questi sotto varie forme prima scoperti dal genio, ordinati dalla sapienza e dalla moderazione dei nostri maggiori, attraversando le ruine dei secoli e della barbarie, e quindi studiati, raccapezzati e di nuovo resi sgombri dall' infarcimento co 'l quale la potenza ed i pregiudizj del régime feudale e sacerdotale (1) tentarono di offuscarli, finalmente risplendono oggidì raccolti nel Codice Napoleone come in un riverbero fedele della gloria italiana (2).

Ma se questa considerazione è atta ad infonderne un certo senso di dignità, essa deve pur somministrare a voi un gagliardo stimolo ed un alto incoraggiamento a percorrere con alacrità l' intrapresa disciplina.

§ 3. Ed a fine di renderne in voi più efficace e costante il desiderio, e perchè più felice ne sia la riuscita, io vi parlerò dei vantaggi che all' istruzione publica ridondano dalla nuova civile Legislazione. Da ciò potrete dedurre quali progressi sia in diritto d' attendere da voi la vostra patria, e quale grado di lumi e di gloria dobbiate trasmettere alla posterità.

§ 4. Ogni istruzione è un'arte di ragione. Suo scopo egli è di far *conoscere* lo stato delle cose sotto quegli aspetti che la mente umana si propone di scoprire. L'oggetto logico, più tosto che l'oggetto materiale,

---

(1) Questa espressione e le altre dello stesso tenore, che si leggono ai §§ 20. 32., non devono recare alcuna offesa all' indole e ai principj veri dai quali dev' essere animato il sacerdozio catolico; e si devono riferire soltanto agli abusi che talvolta s' introdussero nel clero come in qualunque altro ceto, perchè alla fine anche il clero è composto d' uomini. (DG) — (2) « La plus part des dispositions du Code civil ont été puisées dans les lois anciennes, et principalement dans les lois romaines, dont la sagesse est reconnue par toutes les nations civilisées. » (Dard, *Code civil etc.* Avvertissement.)

costituisce precisamente il soggetto della scienza; e quindi la cognizione dell'oggetto logico forma lo scopo dell'istruzione. Sotto la denominazione di *oggetto logico* intendo designare il soggetto della *ricerca* che la mente umana instituisce circa qualunque materia dello scibile. Per tale maniera l'oggetto materiale può ad un tempo stesso servire di soggetto a più scienze od arti. Tal è lo spettacolo della natura intiera. Un albero, un animale, un monte presentano ad un solo tratto l'argomento di più ordini di ricerche, e quindi il soggetto di più scienze. Così se considerate una montagna relativamente alle leggi della prospettiva, essa forma il soggetto dell'Ottica; se voi ne considerate la struttura interna, i diversi strati e le diverse materie onde sono composti, forma soggetto della Geología; se voi ne considerate i prodotti e le leggi particolari della vegetazione, forma il soggetto della Statica vegetabile, dell'Agraria, della Chimica.

Ecco uno stesso oggetto materiale che forma l'argomento di più scienze. Ogni scienza è determinata dalla natura delle verità che lo spirito umano intende scoprire, e dalla serie e dal nesso di queste verità. Ecco l'oggetto logico.

Ma se istruire o istruirsi in altro non consiste che nell'insegnare o nell'apprendere una data scienza od arte, è dunque manifesto che l'*oggetto logico* e l'*oggetto tecnico*, anziché l'oggetto materiale, formano precisamente il soggetto dell'istruzione.

§ 5. Posta questa prima verità (della quale gli ordinatori degli Alberi enciclopedici avrebbero dovuto farsi carico), ne viene che convien ricercare in che consista il soggetto della scienza per comprendere in che consista quello dell'istruzione. Ciò non è tutto. Siccome poi si tratta di erudire la mente umana, e l'uomo non può sormontare le leggi naturali con le quali egli può apprendere le cose; e d'altronde si deve il più che si può togliere di mezzo tutte le cose valevoli a render lungo e penoso il conseguimento del fine, e prevenire i disastrosi traviamenti dell'errore: così egli è necessario riunire le considerazioni pratiche che riguardano i bisogni della mente umana, e le sue relazioni sociali e personali, onde formarsi un'idéa completa dei requisiti d'una buona istruzione. Ciò fatto, conviene esaminare quali siano i migliori mezzi conducenti ad effettuarla; quali i contrarj; quali finalmente i meno perfetti.

Con questa idéa archétipa, ossia con questa regola, si passa a bilanciare quali vantaggi possano ridondare da un dato metodo, da un dato libro, da una data providenza. Determinata questa norma generale, applichiamola al nostro soggetto.

§ 6. L'istruzione publica riguardante il Diritto civile si può contemplare sotto due aspetti; cioè o in relazione al fine della Legislazione civile, o in relazione ai bisogni della mente umana nell'apprendere qualunque soggetto. E siccome l'istruzione è perfetta allorchè nella maniera più breve, più facile e più proficua informa e rende padrone l'intelletto del vero e del giusto; così i vantaggi che all'istruzione publica possono derivare da un Codice di leggi risulteranno in proporzione ch'egli sarà più o meno adatto a rendere il più che si può breve, facile e proficuo lo studio del vero e del giusto civile.

Ora domando io: con la nuova Legislazione civile si riscontrano o no tali condizioni, onde rendere lo studio della civile Giurisprudenza almeno più breve, più facile e più proficuo di prima?

I.

§ 7. La bontà o i vizj intrinseci della Legislazione influiscono assaissimo su 'l sistema dell'addottrinamento. La bontà è essenzialmente annessa al vero ed al giusto, cioè alle verità sommamente utili all'universale. Il vero ed il giusto civile è intimamente accoppiato all'ordine di natura sociale sanzionato dalla publica autorità. Egli è proprio di tutte le parti d'un ordine ben inteso di chiamare le idée ad unità. Il legame viene tessuto dai rapporti stessi delle cose coordinate al conseguimento dello scopo. Allora la mente umana, naturalmente sospinta da codesta tendenza centrale, camminando, dirò così, a seconda della corrente dell'ordine eterno ed imperioso della natura, passa agevolmente e rapidamente da uno in altro principio, da uno in altro precetto. Otterrete voi questo effetto con instituzioni puramente fattizie, che vessano inutilmente la civile libertà? L'otterrete voi con leggi violatrici dell'ordine comune (1), con leggi che rompono quella unificazione d'interessi che niun Legislatore e niun Governo potrà mai offendere impunemente? Non mai. La ragione rimarrà priva d'un lume direttivo che a guisa di stella polare serva di guida nell'oceano immenso degli affari privati. Essa procederà solo quanto il lampo momentaneo della legge mostrerà la via; e in tal cammino essa verrà ad ogni tratto risospinta dal senso morale contrariato nelle sue tendenze.

§ 8. Per la qual cosa, paragonati gli effetti della bontà e dei vizj della Legislazione, si scopre che da quella risultano felicissimi sussidj, e da

---

(1) Pare che si debba leggere *dell'utile comune*, come porta l'esemplare ms. di questo Discorso. Ometto molte altre varianti, perchè la lezione della stampa fattane nell'anno 1808 è senza dubio la migliore, ed evidentemente corretta dall'Autore. (DG)

questi fatali ostacoli per ben conoscere, e quindi per ben insegnare la scienza del giusto e dell'utile privato.

§ 9. Queste osservazioni, comunque siano verissime, sono tuttavía troppo generali. La verità, la giustizia, l'unificazione degl'interessi deve essere comune a qualunque ordine di leggi. Ora noi abbisogniamo di un segnale tutto proprio, onde discernere la buona dalla cattiva Legislazione civile.

Quale sarà questo segnale tutto proprio? quale questo speciale criterio? Se dal sistema delle leggi civili risulta naturalmente il pareggiamento delle private utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà, dite che la Legislazione civile è buona; se risulta in tutto o in parte un effetto contrario, dite ch'è viziosa.

§ 10. Dietro queste vedute esaminiamo quali condizioni ci presenti il Codice Napoleone relativamente al proposto modello. Lungi da noi ogni sdegnosa ritrosía alle utili riforme; ma pur lungi sia da noi ogni servile ammirazione ed ossequio a tutto quello che porta solamente la impronta dell'autorità. I nostri giudizj siano soltanto degni del santuario della verità che quì ci accoglie.

§ 11. Dove tutte le classi dei cittadini sono rese eguali al cospetto delle leggi moderatrici delle fortune e del destino dei privati; dove infranti quegli odiosi vincoli, che rinserrando le proprietà in poche mani, portavano la disoluzione degl'interessi comuni, deturpavano e rendevano miserando il corpo sociale pe' i vizj dell'opulenza, pe' i delitti dell'indigenza, e per le sciagure delle private virtù, viene sostituito un sistema di equabile difusione, che moltiplica le famiglie, e premia solo l'industria e l'onorata economía; dove alle coscienze sono ridonati i loro diritti, alle famiglie la loro dignità, alla cittadinanza naturale le sue prerogative; dove la publica autorità riceve sotto la sua protezione l'uomo che nasce, per assicurarne lo stato ed i futuri possessi, l'uomo che si unisce ad una moglie per avvalorare il domestico régime, l'uomo che trafica per rendere autentico il passaggio delle obligazioni e per inspirare la fiducia nel commercio; dove finalmente alla naturale libertà non vengono imposti altri sacrificj che quelli che sono necessarj affinchè l'uomo non serva mai all'uomo, ma solamente alla necessità della natura e al proprio meglio; dove, dico, concorrono tutte queste ed altre simili condizioni, ivi siamo necessariamente costretti a confessare che si ravvisa il modello testè ricordato, cioè un sistema nel quale si effettua il pareggiamento delle utilità mediante l'inviolato esercizio della comune giustizia e libertà.

§ 12. Tale, o Signori, è il Codice Napoleone. La prova risulta dalla sola lettura del medesimo. Lo sviluppare tutti questi pregi sarà opera dell'analisi che ne vedremo in progresso.

§ 13. Per lo che il primo e il più prezioso dei vantaggi che da un Codice di leggi civili può ridondare a prò della publica istruzione, cioè l'intrinseca bontà delle leggi, si ottiene co 'l Codice Napoleone.

II.

§ 14. Ma questo sussidio, rispetto ai bisogni della mente umana, tornerebbe imperfettissimo, quando alla intrinseca bontà delle leggi non si accoppiasse la forma più adatta per farne un uso pratico nelle occorrenze giornaliere.

§ 15. Da una parte però l'uomo non può nè abbracciare nè padroneggiare i particolari se non mediante le vedute generali; dall'altro canto le leggi civili sono imposte non ad un solo uomo, ma a tutti gl'individui di uno Stato. Quindi è ch'esse debbono essere concepite a modo di precetti generali. Allorchè poi discendono ai casi particolari, esse debbono contemplare quelli che sogliono il più delle volte accadere nel corso pratico degli affari.

Senza queste condizioni ogni Legislazione, e specialmente la civile, rimarrebbe di leggieri delusa del suo intento, e l'istruzione publica mancherebbe della migliore sua direzione.

§ 16. E per verità, ogni legge è un mezzo morale diretto ad ottenere con l'opera libera degli uomini l'esecuzione di un dato ordine di cose. La legge parla alla ragione, perchè senza la cognizione precedente di una data regola d'azioni l'uomo non si potrebbe conformare all'ordine. Essa eccita il cuore ad un volere concorde co 'l mezzo della sanzione che spinga l'umana attività con un interesse vittorioso; e con l'uno e con l'altro mezzo move finalmente il braccio all'opera voluta dal Legislatore.

§ 17. Ma la suprema autorità dello Stato è costretta a ripartire i diversi rami d'amministrazione fra più agenti subalterni, e ad investirli d'una parte del potere esecutivo. Dall'altro canto ella non può discendere a tutte le particolari ordinazioni, le quali, comunque moltiplicate, non esaurirebbero mai le innumerevoli e moltiformi esigenze giornaliere. Per la qual cosa un provido Legislatore deve fin da principio ordinare le sue disposizioni in guisa da soddisfare ad un solo tratto, e con un atto solo, a tre mire principali; cioè:

1.° Illuminare e dirigere con le leggi le azioni dei cittadini in modo da ottenere l'ultimo intento dell'ordine publico.

2.° Illuminare e dirigere il giudizio e le ordinazioni dei Magistrati in modo che servano il più che si può alle leggi, e non abusino di quegli arbitrj che l'insuperabile limitazione umana costringe d'abbandonare ad essi nell'esercizio della loro autorità.

3.° E per conseguenza illuminare e dirigere l'istruzione publica in modo da somministrare una *norma luminosa* e *costante* onde ragionare e giudicare, specialmente in tutti que' casi nei quali la dottrina e il raziocinio devono servire di supplemento e di sussidio dove mancano le ordinazioni speciali della legge.

§ 18. Ma questa norma luminosa e costante non può essere stabilita dove non si fissino e promulghino regole generali, le quali eminentemente racchiudano le norme di ragione che si debbono applicare ai casi particolari. Tali regole non esistono quando un Codice, invece di esprimere il concetto pratico di un comando o di un principio, adduce un frammento di dottrina, la quale altro non presenta che una parte dei motivi o delle relazioni che possono determinare ad una regola legislativa. Allora il testo si trova o al di quà o al di là del soggetto su 'l quale deve statuire; allora nasce la necessità di congetturare, d'interpretare, di argomentare: da ciò la difficoltà ributtante dello studio positivo della Giurisprudenza; da ciò le incertezze, le perplessità, gli arbitrj, e tutte quelle violente stiracchiature e quegli appigli che la logica scrutatrice e cavillosa dell'interesse particolare inventa onde offuscare il più limpido aspetto delle cose, e confondere la ragione di chi deve giudicare.

§ 19. Ecco il difetto massimo ed irrimediabile delle Pandette di Giustiniano, considerate come un Codice di leggi. Fu per altro nostra somma ventura che un tal difetto si commettesse dai compilatori di Costantinopoli, più tosto che incorrere nell'ardimento di architettare senza tutti i lumi della Nomotesía un Codice tutto precettivo, e concepito a modo di regole generali. I rottami d'un edifizio di castigata architettura saranno agli occhi di un intendente assai più preziosi che una mole eretta con gusto arabesco, nel quale questi stessi rottami fossero stati deturpati, cementati e sepolti. I Trattati degli espositori delle Leggi, dei Senatoconsulti e degli Editti dei Pretori; le dottrine ed i responsi dei gravi ed eleganti giureconsulti della bella età della filosofía e della lingua del Lazio, spirano ancora la romana sapienza e maestà, ed offrono ai tardi posteri, come offrirono ai nostri maggiori, tutte le fonti del giusto e dell'utile civile, e molte norme di publica amministrazione. A sì venerandi frammenti si può applicare ciò che il Pindaro Ticinese cantò degli avanzi delle moli romane:

Mirate là tra le memorie sparte,
Che gloriöso ardire
Serbano ancora infra gli orror degli anni
Delle gran moli i danni;
E caldo ancor dentro le sue rüine
Fuma il vigor delle virtù latine (1).

§ 20. Codesti avanzi, affidati in seno al tempo, quasi semi fecondi d'un ordine più perfetto, sviluppati dalla forza progressiva ed irresistibile della intellettuale, morale e politica perfettibilità, finalmente produssero un sistema semplice, armonico e luminoso di civile equità. Così il germe del mondo, deposto dal Caos in seno della Notte, fece schiudere, al dire di Esíodo, l'Amore, che chiamò tutte le parti della Natura all'ordine, alla vita e alla riproduzione. Invano la potenza feudale e sacerdotale (2) tentò di opporsi al trionfo della ragione e della comune utilità: l'energía equilibrante del grande ordine dell'universo vinse il contrasto; e l'umanità maravigliando s'accorse che la natura va al suo scopo anche a traverso delle ruine.

§ 21. Per tale maniera le dottrine e le decisioni particolari della romana Giurisprudenza furono trasformate in principj e in regole generali. Per questo mezzo il Codice Napoleone ci somministra non solamente un preziosissimo sussidio, ma eziandío un possentissimo eccitamento alla publica istruzione. Dall'alto delle idée generali lo spirito umano, predominando il vasto orizonte delle relazioni civili, acquista il sentimento di una più grandiosa potenza. In questo punto di vista solamente le dottrine vengono appoggiate alle loro prime basi, ed ottengono quella sovranità e forza sistematica, la quale chiama, dirò così, sotto le proprie insegne e conia con l'impronta del Diritto una moltitudine di altri principj e di altre providenze, delle quali un interesse sperimentale fa bensì sentire l'utilità, ma non ne dimostra mai nè il titolo giustificante, nè il centro di unione fino a che non vengano redente dai tortuosi giri delle considerazioni puramente empiriche, e brillino nel loro aspetto nativo. Là solamente la regola mostrasi co 'l corredo di tutti i suoi titoli originali, proclamata dalla voce della natura, consacrata dai dettami dell'eterna e indeclinabile giustizia, sostenuta e consolidata dalla legge della necessità d'ordine, unico principio di verità, di benessere e di libertà. Allora solamente, forte per tutte le forze del vero e dell'utile, fiancheg-

---

(1) Guidi nella Selva: *O noi d'Arcadia fortunata gente,* pag. 51, edizione di Venezia 1787, per Pietro Piotto. — (2) Vedi le note ai §§ 2. 33. (DG)

giata dalla catena infrangibile dell'ordine imperioso delle cose, diretta dalla possanza del genio, può con felice successo vendicare e difendere il diritto e la sorte dei privati dall'oppressione e dagli attentati dell'arbitrio e della corruttela.

Ecco i vantaggi che all'istruzione publica ridondano dalla forma con cui fu concepito e promulgato il Codice Napoleone.

III.

§ 22. Ma v'ha ancora di più. Per ciò stesso che la publica istruzione dee servire di supplemento e di sussidio alle leggi, essa deve coglierne senz'ambiguità la mente e la ragione, onde avvalorare le dottrine che si espongono, e presentarle come altretante emanazioni autentiche dell'autorità e della giustizia. A ciò giovano mirabilmente le leggi concepite con locuzioni proprie alle idée giuridiche e morali: ostano per lo contrario le leggi estese o con frasi improprie, o in una lingua straniera, o con modi pieni di allusioni a certe maniere di sentire, o a certe discipline che furono abolite dal tempo, o, dirò meglio, dai progressi delle civili società.

§ 23. E chi di fatto non sa che la perfetta cognizione e l'uso costante della proprietà del linguaggio costituisce uno dei mezzi più efficaci per escludere l'incertezza nel pensare, la perplessità nel giudicare, e gli arbitrj nocivi nell'agire? A chi non sono note le infinite e strepitose controversie insorte dall'ambiguità delle locuzioni fra tutti i maestri delle dottrine filosofiche, giuridiche e religiose? Ma chi pure non sa che in tutte quelle materie che riguardano il benessere degli uomini riescono perniciosissime, come di fatto riuscirono, tali ambiguità? Per lo che importa assaissimo il prevenirle mediante la cognizione e l'uso costante della proprietà delle parole.

§ 24. Sembra che gli antichi fossero persuasi di questa verità, sì ben dimostrata e tanto inculcata da Locke. Imperocchè presso i Greci la dottrina della proprietà del linguaggio fu subordinata alla ragione ed alla filosofía. Platone nel *Cratilo* tratta della origine dei vocaboli: l'interpretazione di essi forma presso Aristotile parte della Logica. Soventi volte gli Stoici, ponderando il significato delle parole, tentarono spiegare la natura delle cose. E per parlare di materie che più da vicino riguardano la Ragione civile, noi vediamo nei frammenti degli antichi giureconsulti, raccolti nel *Digesto*, con quanta cura ed accorgimento vanno investigando le etimologíe delle parole, come p. e. di *servo*, *testamento*, *mutuo*, *stipulazione*, *furto*, *interdetto*, e di altre moltissime.

I libri *De legatis* sono pieni delle significazioni proprie ad una moltitudine di nomi e di espressioni che possono occorrere nella vita civile. Finalmente a' piè dei Digesti sta un lunghissimo Titolo *De verborum significatione.*

§ 25. Ma, a fronte di queste diligenze, rimaneva ancora ampia materia di dísputa e d'investigazione. Era serbato al secolo della filosofía il perfezionare questa parte importantissima della Legislazione. E per verità, come si potrà mai impiegare proprietà di parole dove non si ha proprietà d'idée? Ma come si potrà ottenere la proprietà delle idée dove prima l'analisi non ne abbia rilevati gli aspetti, segnate le differenze; e quindi la riflessione non abbia ricomposte tutte le parti d'un soggetto in un corpo di nozioni distinte e adequate? In queste operazioni sta racchiuso tutto il magistero dello scibile umano: mirabile e possentissimo magistero, che sottrae la mente umana dal corso fortuito e prepotente delle esterne combinazioni, per creare un nuovo universo ideale, e attribuire all'uomo una potenza tutta sua sopra gli oggetti co' i quali trovasi in commercio. I soggetti morali e politici abbisognano più che tutti gli altri di questo magistero. Le complesse e moltiformi nozioni che presentano nei loro fatti, le varie e concatenate relazioni che debbono tessere con l'ordine moderatore delle azioni degli uomini, invocano ad ogn'istante l'analisi, e quindi la lingua filosofica più conseguente e più castigata. Il Diritto civile poi, strettamente preso, altro non essendo in massima parte (1) che un ramo del naturale Diritto sanzionato dalla publica autorità, non poteva aspettare il suo ultimo sviluppamento, e quindi la sua finitezza, che dai progressi delle dottrine della Ragione naturale, nè ricevere la sua esatta espressione che da una lingua naturalmente filosofica e precisa.

§ 26. Se dunque co 'l Codice Napoleone ci è dato di evitare il più delle volte le penose aberrazioni alle quali il senso meno esatto delle leggi avventurava anche il più accorto e il più imparziale espositore; se limpida ed esatta ora ci si manifesta la mente del Legislatore, e dove pur sorgesse argomento di esitazione possiamo chiamare in ajuto la filo-

(1) Io penso che le dottrine dell'Autore siano conformi al principio della identità sostanziale tra il Diritto civile e il naturale, in guisa che il civile sia lo stesso Diritto naturale con l'aggiunta di una positiva promulgazione e sanzione. Quindi credo, a non dubitarne, che queste espressioni = *in massima parte* = si debbano intendere nel senso, che il Diritto civile contenga alcune determinazioni, le quali non sono date dal naturale; come, a cagione d'esempio, l'epoca della maggiore età, il tempo della prescrizione; e non già che il civile Diritto aggiunga o tolga nulla essenzialmente alle norme del Diritto naturale. (DG)

sofia a servirci d'interprete delle di lui ordinazioni: quanto non dobbiamo noi rallegrarci d'essere in necessità di atteggiare la nostra mente giusta i più esatti concepimenti della giurídica filosofia? ed a quanta fiducia elevar non ci dobbiamo di cogliere ampia messe di civile sapienza? Tali sono i vantaggi che l'istruzione publica trae dalla proprietà del linguaggio con cui le nuove leggi furono concepite.

IV.

§ 27. Questo vantaggio cresce vie più allorchè la lingua delle leggi è quella stessa che viene parlata dal popolo che deve osservarle. Io lascio di riprodur quì la giusta querela tante volte ripetuta su l'aggravio che si reca ad un popolo con l'imporgli doveri e pene in una lingua che non è la sua; e di proclamare ad un tempo stesso la regola, che niuno si presume ignorare il Diritto. Attenendomi invece a ciò che concerne l'istruzione publica, fo osservare che senza la notorietà della lingua in cui le leggi furono scritte, comunque esatta ne fosse la locuzione nel testo loro originale, esse obligherebbero sempre quelli che si consacrano al loro studio ad una traduzione, nella quale l'arbitrio, l'errore e l'interesse privato concorrerebbero incessantemente a renderne controverso il significato.

§ 28. Qual era circa questo punto la nostra situazione prima del Codice Napoleone? È troppo noto che non solamente noi avevamo a fronte tutte le difficoltà di una lingua che più non si parlava in Europa; ma tutti gli svantaggi eziandío che risultavano dalle mutazioni successive dei secoli, dei diversi giureconsulti ed Imperatori, e dalle vicende che l'intelligenza del testo Giustinianéo dovette subire nei secoli barbari per l'ignoranza della vera filología.

§ 29. Spesso ancora sorgeva la necessità di accertare fra le diverse lezioni dei testi quelle che fossero le più approvate e le meno ripugnanti con altri passi del Diritto romano. Spesso conveniva ristorarli dalle ingiurie del tempo e d'ignoranti chiosatori. Più sovente si dovevano raddrizzare le false e precipitate interpretazioni date alle parole; e molte volte ricorrere ad un Poliziano, ad un Agostini, ad un Ottomanno, a Cujacio, a Gottofredo, a Noodt, a Binckersoechio, intorno alla retta lezione dell'emendato esemplare pisano, giovata dalle moltiplici loro congetture e combinazioni.

§ 30. Grazie però siano rese al Codice Napoleone, che ha tolto di mezzo questo primo e gravissimo inciampo alla scienza della Ragione civile. Recate le leggi in una lingua vivente, anzi nella nostra medesima

favella, d'ora in avanti potremo per lo più riguardare le osservazioni dei mentovati critici ed eruditi come le *notae variorum* fatte ai Classici antichi, o come le correzioni dai Maurini fatte al testo dei Padri della Chiesa.

V.

§ 31. Ma se il testo Giustinianéo divenne per noi antiquato e senza autorità legislativa, a più forte ragione ciò avvenne del Diritto pontificio, del feudale, e di ogni altro Regolamento civile inconciliabile co' i principj della nuova Legislazione. Unità ed uniformità di leggi, ecco un beneficio che il Codice Napoleone comparte a tutti i popoli del Regno; ecco un sommo vantaggio ch'esso apporta alla istruzione. Nè a tale unità ed uniformità viene derogato allorchè in difetto delle nuove disposizioni si ricorre al Diritto comune, non come a legge, ma come a regola (1); perchè l'ordine naturale e supremo della Ragione civile, che negli oggetti non contemplati regge ambedue le Legislazioni, essendo il medesimo, fa sì che le dottrine supplementari dell'una non riescano mai in contradizione con le massime dell'altra, ma ambedue costituiscano un solo tutto di ragione, di giustizia, e di comune equità.

§ 32. Era gran tempo che gl'Italiani illuminati e dabbene, dolenti per la divisione e pe 'l conflitto delle leggi e dei Governi della loro patria, facevano voti per l'unità del régime, e per l'uniformità delle leggi civili. Era gran tempo che più co 'l braccio che con la dottrina le Città lombarde aveano tentato d'infrangere le catene della feudalità e della germanica schiavitù. Ma i destini dell'Italia non erano ancora maturi. Si stipulano con Federico le condizioni di una sanguinosa e momentanea libertà, avventurata ai vincoli precarj di un fragile federalismo; e l'Italia quasi tutta ricade sotto il servaggio di piccoli tiranni, e di un clero che approfitta della rozza credulità dei popoli per creare in terra e su la terra quella dominazione che dovea esercitare solamente per il Cielo (2). Quindi tanti Statuti quante sono le città e le grosse terre; quindi una Legislazione mista di romano, di longobardo, di ecclesiastico, di feudale e di municipale, che opprime e rende fluttuante la libertà e la fortuna dei privati. Quale doveva allora riuscire l'aspetto delle dottrine del Diritto e della publica istruzione? L'aspetto e il contrasto del caos.

---

(1) Veggansi le discussioni del Codice Napoleone presso Locré, *Introduction*, Chapitre XXXV. pag. 108. *Esprit du Code civil.* — (2) Vedi le note ai §§ 2. 33. (DG)

§ 33. Ma la forza lenta, imperiosa, invincibile, che nel mondo morale tutto regge e tutto move, s'avanza gradatamente in Europa per avvicinare le cose all'equilibrio e all'unità. Essa prorompe e trionfa là dove appunto doveva prorompere e trionfare; voglio dire in quegli Stati che più s'accostano ad una temperata costituzione di poteri. L'Inghilterra dunque precede le altre nazioni europée; la Francia la segue. Le tempeste politiche, dice l'immortale Bacone di Verulamio, sopravengono specialmente allorchè le cose volgono all'eguaglianza. Allora tutte le contrarie resistenze sono superate; lo spirito equilibrante dell'ordine politico-morale, sospinto dalla forza dei secoli, trionfa ed abbatte le superbe moli della feudalità, e le annose piante delle opinioni e delle acquisizioni monastiche, le quali aveano sì largamente invase le menti e le proprietà civili (1); e cancellando tutte le nocive differenze di usi, di statuti, di opinioni e d'interessi, infonde nel corpo sociale un nuovo principio di energía, d'industria e di equità.

§ 34. Così nell'arcipelago americano noi vediamo talvolta la natura co 'l mezzo degli oragani rinvigorire la fertilità del suolo: al giorno brillante e vivo della zona torrida, come dice Raynal, succede ad un tratto una notte universale e profonda; alberi antichissimi, che sembravano sfidare superbamente le tempeste, sono sbarbicati e spariscono; gli edificj più solidi in un istante non presentano che rottami; infelici, resi ignudi di tutto, piangono su i cadaveri, e cercano sotto le ruine i loro padri; il fracasso delle aque, dei venti, dei boschi, delle folgori che si rovesciano e si spezzano contro rocce crollate e sflagellate; le strida e gli urli d'uomini e di animali ravvolti a scompiglio in un turbine di sabbia, di pietre e di frantumi, tutto sembra annunciare le estreme con-

---

(1) L'Autore in questo paragrafo e in qualche altro luogo tocca una questione quanto importante, altretanto ardua e delicatissima, che può essere considerata sotto molti punti di vista; che può dare occasione ad una lotta non solo d'interessi e di opinioni, ma di principj. Io mi guarderò bene dall'entrare in questo gineprajo; ma credo d'essere tenuto ad aggiungere qualche schiarimento a questo cenno del nostro Autore.

Innanzi tutto osservo che l'esistenza di certi abusi e le conseguenze di certi fatti, sono cose da non potersi impugnare senza distruggere le testimonianze della storia. Il voler poi maledire anche a ciò che hanno di essenzialmente buono le instituzioni di cui si parla a cagione degli abusi, dei vizj, che secondo l'indole dei tempi le hanno contaminate, è senza dubio il sommo dell'assurdità.

Per alcuni poi sarà bene l'aggiungere un'altra considerazione; ed è, che se v'ha nei corpi morali, cui accenniamo, dei vizj, e qualche piaga, se si vuole anche gangrenosa, spetta soltanto all'esperto e legitimo chirurgo porvi sopra le mani autorevolmente.

In questo senso e con queste prudenti avvertenze s'intendano le cose dette dall'Autore in questo luogo, e le espressioni che vi hanno dell'analogía adoperate altrove. (DG)

vulsioni e l'agonía della natura. Ma fratanto s'infonde o si sviluppa nella terra nuova copia di materie fecondanti, talchè al ritornare della calma e del sereno essa è preparata ad una più vigorosa riproduzione. Così quell'apparente e transitorio disordine non solo è un effetto dell'ordine costante che con la distruzione stessa provede alla generazione; ma un mezzo di conservare quel tutto, la di cui vita e freschezza non si ratiene che con un'intima fermentazione, principio del male relativo e del bene generale.

§ 35. Ma riconducendo il discorso allo scopo a cui da prima fu indirizzato, voi vedete quale prospetto di vantaggi offra all'istruzione il nuovo corpo delle leggi civili, e quanti eccitamenti ne sorgano ad apprenderne le dottrine. Se di fatto si verifica bontà intrinseca, complesso di principj, proprietà di concetti, notorietà di lingua, unità ed uniformità di esecuzione, e finalmente coerenza con la costituzione di un Governo liberale; cosa possiamo desiderare di più, onde rendere breve, facile, proficuo ed interessante lo studio della civile Giurisprudenza? Quale maggiore eccitamento e conforto potre' io presentarvi, o Giovani egregi, per animarvi ad apprenderne gli oracoli? Essi sono sì possenti, e voi sì felicemente disposti, che io oso predire con fiducia, che la vostr'anima ancora incorrotta, e piena di quell'amabile energía ch'è propria della candida e vigorosa vostra età, scorrendo i dettami del sovrano volume ch'io sono per interpretarvi, ne accoglierà avidamente le impressioni, e si consacrerà con intensa cura a svilupparne la mente.

§ 36. E come no? Nell'atto che il precettore parlerà alla vostra ragione, i detti di lui risoneranno nel vostro cuore, e vi sveglieranno un eco di approvazione: nell'atto ch'egli vi svelerà le vedute che mossero il Legislatore a prescrivere certe regole, la vostr'anima, scossa dal sentimento della santa giustizia, illuminata dai chiari, fecondi ed uniformi suoi principj, spiranti comune utilità, benedirà la mano che scrisse la legge, e formerà il voto di cooperare alla sua esecuzione.

§ 37. A ciò v'attende la patria, che in voi riponendo la speranza di ottenere magistrati, difensori, e maestri venerandi per dottrina e per virtù, vi prepara la ricompensa più lusinghiera per le anime nobili: i suffragi cioè dell'opinione e la sua confidenza. A ciò vi chiama il genio

dell' Italia, che volgendo in mente la sua passata grandezza ed i pronostici di un fausto destino, tiene gli occhi fissi sopra di voi, per designare coloro che dovranno essere ministri delle alte sue imprese e della comune prosperità. Chi ardirà di rimanere neghittoso in tanto esperimento? Chi, rammentando di abitare la terra della sapienza, non sentirà la sacra fiamma della emulazione? Nessuno. Per lo contrario, allorchè vi radunate in questo tempio sacro alla dignità della mente umana, ognuno di voi ripeta sempre a sè stesso: *sono Italiano.*

PARATITLI UNIVERSALI E RAGIONATI

DEL

CODICE NAPOLEONE

PARAGONATI

CO 'L DIRITTO ROMANO

PREFAZIONE

§ 38. Il titolo sopra segnato manifesta in generale in che dovrà consistere il corso ch' io sono per produrre.

1.° Cosa siano i Paratitli universali lo spiega il Leibniz con le seguenti parole: *Paratitla sunt* systema legum *ad eamdem materiam pertinentium ex variis Titulis contractarum. Talia Paratitla non habent summae rationem, sed ipsis interdum legum libris magnitudine non cedunt; suntque aut universalia, aut particularia: universalia sunt quae ex toto corpore Juris sunt, qualia pauca esse arbitror.* (*Nova methodus discendae, docendaeque Jurisprudentiae*, Pars II. § 60.)

2.° Si domanderà perchè dopo il Codice Napoleone si diano dei Paratitli più tosto che delle spiegazioni giusta la serie del testo.

Perchè, io rispondo, il Codice Napoleone abbracciando alcune materie che propriamente non appartengono alla scienza del Diritto civile strettamente preso, conviene separarle per ritenere solamente quelle che sono proprie di quest' ultimo; perchè l' ordine, con cui le materie proprie del Diritto civile sono disposte nel Codice Napoleone, non è sempre l' ordine co 'l quale devono essere insegnate dalla catedra.

3.° Si devono poi dare dei Paratitli ragionati, più tosto che restringersi ad una esposizione puramente positiva del contenuto delle leggi, perchè nell' istruzione si debbono conoscere le cose per principj; perchè la Giurisprudenza molte volte deve servire di supplemento alla legge; perchè senza possedere la ragione naturale e politica delle leggi non si può convenientemente esercitare la Giurisprudenza.

4.° E sebene il Codice Napoleone sia l'unico testo che ha forza di legge, l'unica norma con la quale si debbono pronunciare i giudizj civili, e si può decidere in ultima istanza della giustizia od ingiustizia di una sentenza riguardante il Diritto avanti il Tribunale di Cassazione; tuttavía è necessario il confronto delle nuove dottrine co 'l Diritto romano, sì perchè egli è la fonte principale da cui furono attinte le nuove leggi; sì perchè, come fu avvertito nelle Conferenze legislative, il Codice Napoleone si rimette in parecchie materie al Diritto antico; e sì perchè dopo molte discussioni del Consiglio di Stato di Francia fu conchiuso, che il Diritto romano, sebene non debba aver forza di legge espressa, tuttavía serve di regola in tutti i casi non preveduti dal Codice Napoleone: di maniera che i giudici possono prenderlo per guida in mancanza del Codice Napoleone. (Processo verbale del 19 Ventoso, anno XII. Tom. V. pag. 297. Veggasi Locré, *Spirito del Codice*, Introduzione, Cap. XXXV.)

In conseguenza di questa massima la legge dell'anno XII. su l'istruzione publica legale, publicata in Francia, obligò allo studio del Diritto romano, come riflette il console Cambaceres nelle citate Conferenze (luogo sopracitato).

5.° Tutto il Corso di Diritto civile si divide in due parti massime; e queste sono i Prolegomeni e la trattazione propria.

Nei Prolegomeni si tratta in generale della legge, del Diritto e della nuova Giurisprudenza; e ciò secondo le dichiarazioni degli autori del Codice Napoleone, espresse nelle Conferenze del Consiglio di Stato. Possono in parte servire di norma i primi sei Titoli del Progetto del Codice, che furono quasi tutti rimessi alle scuole come oggetti di dottrina.

Nella trattazione propria si espone l'íntima dottrina delle leggi contenute nel Codice Napoleone, tessuta secondo l'ordine logico, cioè procedendo dal semplice al composto, dal generale al particolare, unendovi i motivi che ne palesano la mente e la ragione, e confrontandone le disposizioni co 'l Diritto romano.

PROLEGOMENI DELLA RAGIONE CIVILE

CAPO PRELIMINARE

OGGETTI DEI PROLEGOMENI.

I.

Primo oggetto dei Prolegomeni.

§ 39. Più oggetti contengono i Prolegomeni. Il primo consiste nelle nozioni preparatorie della scienza della Ragione civile. Queste nozioni in parte corrispondono al primo Titolo del Progetto del Codice civile francese, e al primo Titolo dei Digesti. Si può quì far uso delle parole risguardanti il Titolo preliminare del Codice Napoleone, espresse dal sig. Grenier nel suo Rapporto al Tribunato. « Tali disposizioni o no-» zioni generali hanno un punto di contatto con tutte le leggi. L'appli-» cazione delle leggi dipende da esse come da un regolatore generale; » e se per avventura esse in qualche punto si allontanassero dalle verità » immutabili, che debbono essere i principj fondamentali e preliminari » d'ogni legislazione, di leggieri si sente quanto le conseguenze ne sa-» rebbero funeste » (Rapporto del Tribunato su 'l Titolo preliminare, Tomo I. pag. 28. Locré, *Spirito del Codice*, Introduzione, Parte III. Cap. XXXVI.) — Da queste parole è evidente che il primo oggetto dei Prolegomeni è decisivo per l'esercizio di tutta la Giurisprudenza.

II.

Della Giurisprudenza civile nel suo aspetto più generale.

§ 40. Sotto il nome di *civile Giurisprudenza* viene designata in generale = l'arte di determinare nei diversi fatti occorrenti nelle civili relazioni quello ch'è di ragione, dietro i dettami delle leggi vigenti nelle civili società. =

Basti per ora questa generale definizione, la quale si può, se così piace, prendere più tosto come la spiegazione del vocabolo. Siccome ogni arte di ragione deriva da una scienza antecedente, così la più profonda e speciale definizione non si può nè produrre nè intendere se non che dopo avere sviluppati e raccolti gli aspetti della scienza medesima.

Ora invece si deve osservare, che dalla definizione sovra recata consta essere così necessario alla civile Giurisprudenza il dirigere le dottrine e le decisioni dietro i dettami delle leggi vigenti nelle politiche società, che questa subordinazione e dipendenza costituiscono i principali requisiti di lei. Senza di ciò essa cangerebbe natura, ed i Magistrati e i Giureconsulti o usurperebbero le facoltà proprie del Legislatore, o trascorrerebbero di fatto in un esercizio arbitrario delle loro competenze. Il primo disordine accaderebbe quando i Magistrati volessero emanare disposizioni indipendenti, e per modo di regolamenti generali; il secondo si verificherebbe quando, prescindendo dallo statuire espressamente, ordinassero di fatto o eseguissero atti particolari contro o sopra quello che dalle leggi venne disposto. Nell'uno e nell'altro caso le intenzioni fondamentali di un Governo regolare sarebbero violate; la libertà del privato non sarebbe più diretta da leggi solenni, e determinata dalle vedute della comune utilità; ma cadrebbe vittima delle opinioni e delle passioni dei privati. L'ordine sociale sarebbe abbandonato alla versatile ed indiscreta cupidigia degli astuti e dei potenti; e il cittadino, invece di vivere sotto norme comuni, avvalorate dalla ragione publica dello Stato, verrebbe insidiato dalle corruttele sempre perniciose al debole ed al povero.

III.

Del secondo oggetto dei Prolegomeni della Ragione civile. Delle leggi in generale.

§ 41. Ma di ciò si dirà più ampiamente allorchè si parlerà in generale delle leggi che formano il secondo oggetto dei Prolegomeni della Ragione civile. In questa parte si tratta della natura, del soggetto e dei rapporti delle leggi, della loro divisione, publicazione, effetti, applicazione, interpretazione ed abrogazione, prendendo il Titolo secondo e seguenti del Libro preliminare del Progetto del Codice civile francese, e i Titoli II. III. IV. dei Digesti, come testi da commentarsi.

IV.

Terzo oggetto dei Prolegomeni. Notizie preliminari del Codice Napoleone.

§ 42. La terza parte dei Prolegomeni abbraccia le nozioni preliminari del Codice Napoleone. Sotto questa rubrica si comprendono:

1.° Le notizie storiche su la formazione e publicazione del Codice Napoleone, precedute da un brevissimo ragguaglio delle diverse compilazioni del Diritto romano. Da tali notizie si allontana tutto ciò che può formare oggetto di mera curiosità; e si riportano solamente quelle circostanze che possono avere qualche relazione con l'uso delle leggi medesime.

2.° Le osservazioni necessarie per comprendere quale sia stato l'effetto del Codice Napoleone su le leggi antecedenti, onde determinare sino a qual segno esse possano influire su la nuova Giurisprudenza.

3.° Le regole speciali che possono servire a ben comprendere la mente delle nuove leggi, avuto riguardo al modo co 'l quale furono discusse, compilate e sanzionate.

V.

Quarto oggetto. Partizione delle materie del Diritto civile.

§ 43. Il quarto ed ultimo oggetto dei Prolegomeni consiste nella partizione ragionata delle materie tutte del Diritto civile, esposte nel loro ordine logico. Da essa deve risultare il prospetto generale e succinto, che tutta abbracci la corporatura, dirò così, della scienza del nuovo Diritto civile, e ne segni i vincoli naturali con quegli oggetti, co' i quali si trova necessariamente congiunta. Tale prospetto deve servire come di una mappa generale, con la quale si possano estendere altre carte particolari, e così formare un tutto complesso, che renda lo spirito umano padrone di tutto il regno della nuova Ragione civile.

VI.

Partizione dei Prolegomeni.

§ 44. Dietro le premesse considerazioni io divido questi Prolegomeni nei quattro Libri seguenti.

1.° Della legge e del Diritto nel loro aspetto più generale.
2.° Della società e della legge civile.
3.° Della nuova Giurisprudenza civile.
4.° Della partizione delle materie del Diritto civile.

VII.

Metodo generale.

§ 45. Procedere con una stretta graduazione dal semplice al composto, dal generale al particolare; discendere dalle supposizioni univer-

sali, e di loro natura uniformi e speculative, alle vedute più speciali e prossime allo stato reale delle cose, e più accomodate alla pratica; accoppiare i risultati di ragione con le disposizioni positive, e manifestare la mente di queste: ecco le condizioni che la buona logica prescrive ad oggetto di scoprire, dimostrare, insegnare e ritenere le cose nella maniera più breve, più facile, più ferma e proficua.

Questo è il metodo che io mi propongo seguire in questo scritto, con quella scelta però e sobrietà che indichi per lo più i punti sostanziali della dottrina, e ne abbandoni lo sviluppo alle spiegazioni. Nei Prolegomeni ci guarderemo dal preoccupare le trattazioni di quegli oggetti che specialmente appartengono al corpo della dottrina.

LIBRO I.

DELLA LEGGE E DEL DIRITTO NEL LORO ASPETTO PIÙ GENERALE.

VIII.

Necessità di trattare della legge e del Diritto in generale.

§ 46. La civile Giurisprudenza, considerata come dottrina, non è una scienza indipendente, nè primitiva, ma forma un ramo della Giurisprudenza universale: quindi ha con l'universale Giurisprudenza molte cose comuni. Mediante queste si lega al sistema del Diritto naturale e politico; e per esse si dimostra la generazione, la verità e la giustizia del più gran numero delle teoríe della Ragione civile.

Senza richiamare pertanto le dette nozioni, e senza conoscerle perfettamente, non è possibile ragionare e giudicare rettamente degli oggetti di Diritto civile.

In questo Libro non si ricorderanno che quelle nozioni, le quali predominano in tutto il corso della dottrina giusta il metodo sopra stabilito (n.° VII).

Quelle che riguardano qualche parte speciale del Diritto civile verranno esposte o definite allorchè si tratterà della parte speciale a cui appartengono.

PARTE I.

PUNTO DI VISTA UNIVERSALE.

NOTA

Qui nel manoscritto segue quell'Operetta che, intitolata *Degli enti morali,* fu dall'Autore stesso destinata alla stampa, come si rileva dalla premessavi dichiarazione, publicata dopo la sua morte in Milano, ed inserita nel Vol. III. di questa Collezione.

Solo da poco tempo io seppi che quello scritto formava parte dei *Paratitli del Codice Napoleone;* e però non è mia colpa se, invece di aspettare ad inserirlo qui, l'ho publicato fra quelle Opere con le quali per l'indole sua doveva essere posto.

È facile imaginare che l'Opera stampata non è pienamente conforme al manoscritto di questi *Prolegomeni.* Però le diversità sono di sì poco momento, e si manifestano tanto chiaramente per gli ultimi tocchi dell'Autore, che sarebbe stato un gettare il tempo l'occuparsi di queste piccole differenze. Alcune più rilevanti, sia perchè valgono a rettificare qualche errore corso nella stampa, sia perchè ci mostrano il procedere e il modificarsi di qualche idéa del nostro Autore, sono riferite in fine del Vol. III. Avvertasi ancora, che i Capitoli VIII. e IX. della Parte II. non si trovano nel manoscritto di queste Lezioni, e però s'hanno a tenere per un'aggiunta fatta dall'Autore più tardi; sicchè quella parte dello scritto *su gli enti morali,* ch'era compresa in questi Prolegomeni, si legge dalla pag. 693 alla 757 del sopra citato Volume III. di questa edizione.

Quanto alla materiale disposizione del lavoro, si noti che il titolo di Libro I. posto innanzi al precedente paragrafo, e che comprenderebbe le due parti in cui è diviso lo scritto *su gli enti morali,* va riferito alla divisione che l'Autore proponeva nel § 44., la quale non si trova poi seguíta nel manoscritto di questi *Paratitli* o *Lezioni,* quantunque le materie proposte vi si trovino, almeno in gran parte, sviluppate. Vi si scorgono per altro de' mancamenti, i quali si debbono attribuire, per mio avviso, anzi allo smarrimento d'una parte del manoscritto, che ad omissione dell'Autore. Nè dico ciò senza un buon perchè. Primamente l'autografo di queste Lezioni consta di molti fascicoli affatto separati, e quindi facili ad andare perduti. In secondo luogo quasi ogni fascicolo porta la data del giorno in cui si tenne la Lezione; e mentre i primi fascicoli hanno l'indicazione di giornate molto vicine, c'è poi un gran salto dopo il § 207., mentre fra questo co 'l quale termina la Lezione del giorno 15 Febrajo 1808, e il § 250. co 'l quale incomincia quella del 3 Giugno, non vi sono più che due Lezioni senza data.

ADG.

LEZIONI

SU 'L DIRITTO CIVILE

---

§ 47. Ieri l'altro vi ho esposto i principali motivi che ci debbono animare allo studio della nuova Giurisprudenza civile. Oggi stimo opportuno di manifestarvi alcune condizioni preliminari, con le quali parmi che questa parte d'istruzione debba essere amministrata.

La prima idéa che mi si presenta allo spirito si è, che io contraggo seco voi una specie di società di studio. Io amo preferire questa idéa, sì perchè il vostro scopo e mio è il medesimo, e sì perchè al conseguimento di questo scopo voi dovete conferire lo studio e la diligenza, ed io debbo conferire l'addottrinamento e lo zelo.

Per questa ragione la nostra società non può correre i pericoli di quelle che hanno per oggetto un interesse pecuniario, perchè fra noi non vi può essere divisione di mire, e l'oggetto nostro è il più nobile e il più lusinghiero che si possa presentare allo spirito ed al cuore umano.

Non vi può essere divisione di mire, perchè il profitto vostro, oltr'essere un bene per voi ed un utile per lo Stato, è anche gloria mia, e quindi riesce la maggiore ricompensa ch'io possa bramare alle mie cure. Un Saggio dell'antichità disse ch'è gloria di un padre un figlio prudente. Si potrebbe dire del pari, che la gloria di un precettore è un discepolo studioso e dotto.

L'oggetto nostro poi è il più nobile ed il più lusinghiero che si possa offerire alla mente ed al cuore umano. L'imperatore Marco Aurelio nelle riflessioni a sè medesimo disse che ogni uomo dev'essere a sè medesimo oggetto di venerazione. La sua anima è una divinità; il suo corpo il tempio consacrato al servigio ed al culto di questa divinità. Scorrete i luoghi abitati della terra, e le popolose città, dove ferve il lavoro e sorge ogni maniera di produzioni dell'industria: voi vedete da per tutto che la massima parte del genere umano è occupata intorno ai mezzi onde soddisfare ai bisogni o reali o fattizj dei sensi. Ivi si tra-

vaglia in qualche guisa per il tempio. In questo luogo ed in ogni altro consacrato all' istruzione si serve solamente alla Divinità.

§ 48. Più particolarmente poi quest'opera sublime si effettua con le dottrine morali e politiche. Esse elevando l' uomo alla scienza dell' ordine, e così conformandolo e facendolo cooperare alle mire della natura, lo associano direi quasi ai profondi ed eterni consigli di lei per affidargli parte della legge dei destini delle nazioni e dei privati. Tali prerogative sono comuni anche alle buone leggi, che formano appunto l'oggetto della scienza di cui ci dobbiamo occupare. Esse, per servirmi delle parole degli autori del *Progetto del nuovo Codice civile*, « sono il più gran » bene che gli uomini possono dare e ricevere. Imperocchè elleno sono » la sorgente dei costumi, il palladio della proprietà, e la garanzía di » ogni pace publica e privata. Se esse non fondano il Governo, almeno » lo mantengono: esse moderano la potenza, e contribuiscono a farla » rispettare, come se ella fosse la stessa giustizia. Esse interessano ogni » privato; si mescolano alle principali azioni della sua vita, e lo seguono » da per tutto. Soventi volte esse costituiscono l' anima morale del po- » polo, e sempre fanno parte della sua libertà: in fine esse consolano » ogni cittadino pe' i sacrifizj che la legge politica gl' impone a prò della » città, co 'l proteggerlo quando fa d' uopo nella sua persona e ne' suoi » beni, come se egli solo formasse tutta la città. » Per tale maniera, o Giovani ornatissimi, l' oggetto nostro si mostra il più nobile ed il più importante che si possa offerire alla mente ed al cuore umano. Con questi vincoli si stringe e si rassoda la nostra società.

§ 49. Ora vediamo le condizioni generali, con le quali parmi che questa società possa essere amministrata. Il suo scopo è la miglior vostra istruzione. Ma la felice riuscita della medesima non dipende solamente dalle dottrine ch' io vi debbo spiegare, ma eziandío dalla forza comune di attendere e di apprendere dell'uomo, e dalle altre circostanze risultanti da tutti gli oblighi a cui venite assoggettati nel vostro corso scolastico.

§ 50. La scienza della Ragione civile è essenzialmente una scienza di ragione e di autorità. Nel versare su l'autorità sola è costretta molte volte ad impiegare le più complicate e le più profonde combinazioni di ragione. Come scienza di ragione, essa non offre che nozioni morali astratte e di rapporto, le quali esigono la più posata attenzione per essere perfettamente intese, la più esatta analisi per essere giustamente combinate, la più assidua ripetizione per essere fermamente tramandate alla memoria. Tali sono le idée di diritto, di obligazione, di legge, di

convenzione, di buona o di mala fede, di dominio, di possesso, di commercio di diritti, e tutte le altre che perpetuamente stanno sotto, e sotto varie forme si riproducono nella scienza della Ragione civile.

§ 51. Ma se da una parte officio della istruzione legale si è di addurre le definizioni di tali nozioni; se è necessario combinarle e in mille modi riferirle ai diversi oggetti di Diritto; se l'istruzione publica essenzialmente importa d'insegnare le regole per dirigere codesti enti morali; s'egli è un mal inteso e soverchio carico l'estendersi sopra minute diramazioni e facili spiegazioni; se il massimo abuso sarebbe di moltiplicare casi senz'addurre principj, e peggio poi di spiegare un caso con un altro caso, e sepelire e disperdere così il lume direttivo della scienza, unica sorgente d'interpretazione ed unico sussidio su 'l quale il Legislatore si affida con l'istruzione, dentro il pesante materialismo dei casi concreti: se dall'altra parte egli è impossibile che un cervello umano il più felicemente costrutto possa, dietro il corso fugace e momentaneo del discorso d'un precettore comunque esatto, cogliere ed imprimere nella memoria tutte le particolarità indispensabili per non errare; egli è evidente che nella istruzione riguardante il Diritto si usa una vera soperchiería agli studiosi allorchè si tesse un semplice discorso senza un testo o scritto stampato. Io dirò di più: il precettore tradisce il proprio dovere e quello del Publico, perchè dà luogo soltanto a nozioni vaghe, confuse, imperfette, le quali poi, usate ed applicate nel patrocinio delle cause e nei giudizj, sacrificano ingiustamente la sorte e le fortune dei cittadini.

§ 52. Queste ragioni si verificano spesse volte nella scienza della Ragione civile anche in quella parte in cui si aggira su la sola autorità, come si può dedurre dal Discorso preliminare al *Progetto del nuovo Codice civile francese.*

§ 53. Dietro queste considerazioni, io ebbi cura di rintracciare qualche libro stampato, che potesse servire di testo alle mie Lezioni; ma niuno m'è stato fatto di rinvenirne che, a senso mio, fosse atto a compiere le condizioni che un tal testo deve racchiudere, onde servire ad una succinta, ordinata e piena istruzione.

§ 54. Per la qual cosa nella contingenza dell'improviso carico affidatomi, volendo io adempiere, per quanto le deboli mie forze e l'angustia del tempo me 'l concedono, al mio dovere; io giudico spediente di dettare il testo delle mie Lezioni, e di leggere indi lo sviluppamento ed i confronti con le opinioni e con le dottrine o nuove o antiche che lo riguardano. Eccovi, Signori, uno degli articoli della nostra società di

studio, che io mi propongo di eseguire; ed eccovi le ragioni che mi vi determinarono.

§ 55. La natura dei soggetti legali è tale, che per quanta diligenza si possa impiegare nello spiegarli, essi tuttavía si avvolgono di loro natura in una certa nebbia, la quale è connaturale a tutte le idée morali specialmente astratte, ed espresse in una maniera più o meno generale. Le vedute generali rassimigliano a quelle che lo spettatore ottiene su la sommità di un' altissima montagna, dirigendo l'occhio su gli oggetti del sottoposto orizonte.

§ 56. Per lo che, anche supponendo che ognuno di voi siasi presentato a questa scuola fornito di tutto il corredo delle scienze preliminari necessarie a ben intendere la materia dell' alta Legislazione: ciò non ostante può molte volte avvenire o che ravvisiate delle oscurità in certi concetti, e non troviate il nesso fra certe idée; o che vi sorgano difficoltà ad intendere un testo, o non sapiate conciliare alcuni estremi. In tutti questi ed altri simili casi è troppo notorio che il Professore è tenuto a somministrare tutti quegli schiarimenti e quelle soluzioni, le quali possano agevolare la chiara, retta e piena intelligenza delle dottrine ch' egli espone dalla catedra.

§ 57. Laonde io riconosco in voi il diritto di ricercare schiarimenti, di mover dubj, di proporre objezioni; anzi vi eccito a fare tutto questo: ed io mi offro, dove saprò, a prestarmi alle vostre richieste, dando ad ognuno la facoltà d' interpellarmi finita la Lezione, onde non interrompere il corso regolare delle spiegazioni.

§ 58. Eccovi un altro articolo della nostra società di studio, ch' io offro al vostro zelo ed alla vostra diligenza.

§ 59. È antico il proverbio, che *tantum scimus quantum memoriae mandamus.* Ma noi non imprimiamo nè riteniamo efficacemente nella memoria che le cose da noi riandate e diligentemente studiate. Per questo motivo tutti i maestri di publica istruzione raccomandarono l'esercizio delle ripetizioni. Il celebre Leibniz, nel suo *Nuovo metodo d'imparare e d'insegnare la Giurisprudenza*, lo inculca co' i seguenti termini: *Multitudinis seu crebritatis in agendo efficacia confirmatur.... lima marmora scindimus, montes corbibus avehimus, situla lacus exhaurimus. Ita in aritmeticis ingentes summas per partes computamus, et in geometricis campos in triangula partimur.*

Nata est ex hoc principio repetendi necessitas, a qua praecipuum habitus requisitum, scilicet permanentia dependet. Usu enim compertum est alios figuras celeriter accipere et ammittere, ut tabu-

lam aëream, alios utrumque tarde ut aeneam. Quemadmodum alii flammas irarum celeriter accipiunt et ammittunt, ut stipula; alii utrumque tarde, ut ferrum ignitum. Hinc Pythagoraei negabant quemquam somnum capere debere antequam — Omnia totius repetiverit acta diei. — Repetitionem enim nocet esse nimis dilatam in annum usque, ut vulgo in scholis fit: sed decet sub noctem, diurna studia; exitu septimanae, summam dierum; exitu mensis, summam septimanarum; et fine anni summam mensium repetendo summari, et ex singulis gradibus notatu dignissima ruminari. Quod nescio an hactenus observatum sit a quoquam (1).

Io dunque seguirò l'antico e lodevole costume, già introdotto nella nostra Facoltà, di fare un esercizio academico una volta ogni settimana in iscuola.

§ 60. Se però alcuno di voi amasse in tale giornata di leggere qualche discorso su qualunque materia riguardante la publica amministrazione, si darebbe luogo a così glorioso ed utile sperimento impiegando il tempo che per avventura ancora rimanesse alle ordinarie ripetizioni scolastiche. Io vi eccito a farlo, e m' offro a cooperare a questa esercitazione. Eccovi un altro articolo della nostra società di studio.

§ 61. Per ora mi restringo a questi, riserbandomi, se l' utile vostro lo richiederà, di proporvene degli ulteriori. Fratanto permettetemi che con una cordiale effusione di cuore io vi palesi il mio aggradimento per l' onorevole e vivace maniera con la quale vi è piaciuto accogliermi. Voi mi avete addossato un debito, al quale io mi sforzerò di soddisfare come potrò. Voi lo avete colmato così, ch' io vi prego a non aumentarlo di più. Voi avete fatto assai per assicurarvi della mia riconoscenza. Vi sarò quindi obligato, se d' ora in avanti mi risparmierete i vostri applausi. Forse taluno di voi potrà scorgere in questa mia dichiarazione un tratto di delicatezza verso di voi. In tal caso dovrei compiacermi di avere un' occasione di manifestarvi quanto mi stia a cuore la miglior vostra situazione, e l' esito felice dei giusti vostri desiderj.

---

§ 62. Memore dello spirito e delle intenzioni della società di studio seco voi contratta, o Giovani valorosissimi, io mi compiacio di manifestarvi la mia soddisfazione per l' assiduità e per la diligenza da voi fin quì dimostrata. Ma la società è un contratto: in questa sono anch' io te-

(1) *Nova methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae.* Pars I. § 11. 12.

nuto verso di voi a soddisfare con perfetta vicendevolezza agli obblighi miei. Con tanto più di scrupolo poi e di zelo debbo farlo, quanto maggiore poteste per avventura aver concepita fiducia ch' io sia per guidarvi alla sublime mèta a cui dovete poggiare mercè lo studio della nuova Ragione civile; e quanto maggiore è forse il rispetto che vi potrebbe ratenere dal reclamare ciò che vi è dovuto.

§ 63. Pochi, è vero, sono i passi che abbiamo fin quì segnati nel cammino della nuova scienza; ma essi però sono tali, che a voi palesano da qual punto io mova la mente vostra incontro alla nuova dottrina. So che ad alcuni piacerebbe assai più versare nel centro del regno della Giurisprudenza, anzichè dai remoti confini avanzare passo passo verso di lui. E però bramosi di aggirarsi per entro il popoloso e minuto cerchio delle relazioni positive, e di cogliere, dove più rumoroso e vario ferve il lavoro, i frutti dell'arte dell'equo e del buono, mal soffrono di essere per lung' ordine di prospettive e di viaggio condotti verso lo scopo dei loro desiderj.

§ 64. Certamente, se fosse possibile di appagare il desiderio loro senza nuocere alla buona istruzione, io di buon grado lo farei; e con tanto più di alacrità e di prontezza lo farei, quanto minore sarebbbe il tempo e la fatica che a ciò da voi e da me si richiederebbe.

§ 65. Ma coloro che movono querela perchè di materiali e positive cose a dirittura non addobbano la memoria, sono essi ben certi di conoscere l'ampiezza, i confini, i vincoli, l'ordine, il metodo che alla civile Giurisprudenza convengono? Sono essi ben sicuri, dopo avere affastellato nel loro capo ampia mole di testi e di casi, di non essere alla fine assimigliati al troppo celebre animale che portava i misteri della madre degli Dei?

§ 66. A prevenire su questo punto ogni mal pensato desiderio, io vi dettai il paragrafo VII. dei Prolegomeni (sopra, § 45.), cui nelle mie spiegazioni sorpassai, avvisandomi che dovessero bastare i pochi cenni ch' egli racchiude, onde indicare la natura e convenienza del metodo che nello studio della Ragione civile si deve adoperare.

§ 67. Presso molti ciò ha bastato; presso alcuni m' avveggo ch' egli ancora abbisogna di prova e di sviluppamento. E siccome mi dôrrebbe ch' eglino, per difetto di lume e del retto senso del valore del metodo, fossero sconfortati, o resi meno attivi nel compiere la loro carriera; così a togliere di mezzo un inciampo troppo caro forse all' ignoranza, ed all' impaziente curiosità che suole pur troppo padroneggiare le umane menti in qualunque studio lungamente protratto, io consacro questo Dis-

corso, perdonando di buon grado ogni mal concepita sentenza che il pregiudizio suole precipitosamente emettere e cecamente abbracciare.

§ 68. Da che nei secoli trascorsi alcuni grandi ingegni cominciarono a volgere il possente lume della Filosofía sopra i rottami della civile Giurisprudenza; da che le membra del naturale Diritto si svilupparono, ed armonizzarono alquanto; sorse pure il desiderio di elevare la dottrina della Ragione civile alla dignità di scienza, sebene Aristotile sembrasse opinare diversamente.

§ 69. Questo fu il voto d'un Bacone da Verulamio, d'un Leibniz, d'un Puffendorfio, d'un Tomasio, d'un Donello, d'un Nesemberio, e di altri scrittori al pari di questi celebratissimi. Tale fu anche il voto dei Legislatori che compilarono il Codice Napoleone, non oscuramente manifestato per mezzo dell'Oratore del Governo al Corpo legislativo nei *Motivi del Progetto di legge relativo alla riunione delle leggi civili in un solo corpo, sotto il titolo di* Codice civile dei Francesi. Ivi dopo aver rammentato che i letterati ed i filosofi avendo vòlte le loro cure sopra le leggi, *si giunse a conoscere i loro rapporti co' i diritti dell'uomo e co' i bisogni della società*, l'Oratore passa ad indicare quali siano i requisiti generali che alla Giurisprudenza civile possono meritare il nome di *scienza*. « Noi per *scienza* (dic' egli) intendiamo una » serie di verità o di regole le une legate alle altre, dedotte dai primi » principj, riunite in corpo di dottrina e di sistema, sopra un qualche » ramo principale delle nostre cognizioni. »

§ 70. Dietro tale definizione, nota per altro da Aristotile in quà, che mostra il desiderio degli autori stessi delle nuove leggi civili, egli è per sè manifesto che l'arte degli espositori delle civili dottrine deve ridursi a stabilire una serie di verità o di regole; a legare le une alle altre; a dedurle dai primi principj; a riunirle in un corpo di dottrina e di sistema. Ma chi ardirebbe mai, non dirò solo affermare, ma pensare solamente, che ciò si possa ottenere con commentarj fatti di salto del puro testo delle leggi, o con una esposizione non preparata dalle nozioni che formano la lingua e l'anima di tutta la scienza?

§ 71. Per convincerci vie più che folle pensamento sarebbe questo, piaciavi, Uditori, di entrar meco più addentro nella ragione necessaria dei mezzi indispensabili ad ottenere l'esposto intento, d'onde deriva l'ordine e la ragione dell'istruzione.

§ 72. S'egli è vero, come gli stessi più vecchi Logici e Giureconsulti avvertirono, che ogni istruzione dev' essere distribuita e maneggiata giusta le naturali e insormontabili esigenze della mente umana;

s' egli è pur vero che ogni scienza, rivolta ad oggetti pratici, deve procedere dal semplice al composto, dal generale al particolare; egli è dunque manifesto ch'essa deve incominciare da quelle nozioni che, appartenendo alle più sublimi e rimote categoríe, possono entrare come radici comuni nell'arte particolare cui s'ha di mira d'insegnare. Per la qual cosa da una parte si dovranno creare gli elemĕnti che si debbono in progresso maneggiare, e dall'altra si dovranno a pari passo tessere le regole proporzionate che si dovranno in appresso applicare.

§ 73. Quì siami concesso giovarmi, a maggiore sviluppamento, delle parole del celebre Gravina. « Il fonte del sapere umano (dic' egli) vive » nella mente stessa; e la cognizione del vero, congiunta co 'l sano giu- » dizio, non sorge tanto dal numero e dalla varietà delle idée, quanto » dall' intelligibile sito ed ordinamento di esse. Ciascuno porta in sè la » selce da poter trarne le scintille; ma risveglia l'ascosa fiamma solo » chi sa per diritto filo reggere e condurre il suo intelletto per entro » l'intricato labirinto delle idée confuse, disponendole in giusta simme- » tría ed in luogo proprio, formando di esse la misteriosa piramide, » con la quale gli antichi Saggi simboleggiarono la scienza umana e la » natura delle cose, in modo che tutte le idée disposte per grado scen- » dano da un solo punto, e stiano affisse e concatenate alla cima del- » l'idéa semplicissima ed universale, ond' esse si veggano e si difon- » dano spiegando la falda sopra le cose inferiori e composte. »

§ 74. Ora domando io: quali sono i vantaggi che, serbando quell'ordine, si ritraggono, e quali gli svantaggi che, violandolo o non praticandolo, s' incontrano? Per me risponde di nuovo il lodato Gravina. « È » dunque la scienza umana una pura armonía, la quale com' è prodotta, » la mente ovunque scenda passerà con piede illeso, trarrà il puro delle » dottrine e dell'arti, e sempre sarà precorsa dalla norma del convene- » vole e della proporzione, con la quale incontrandosi gli esempj par- » ticolari, si genera nella mente medesima l'arte di ciò ch' ella si pro- » pone a contemplare; e dovunque l' intelletto si dirizzi giungerà sem- » pre con facilità e prestezza maggiore di quelli *che tutto il loro tempo » in quella medesima dottrina consumano.* Imperocchè con simile scor- » ta l' intelletto corre a volo spedito, e si posa solamente su quel ramo » che porge il frutto pieno e maturo, quando che coloro scotendo il » becco per entro gli sterpi, si tratengono a raccórre da terra quel ch' è » arido e tocco dal gelo » (1).

---

(1) *Discorso su l' Endimione del Guidi.*

§ 75. Chi di voi, Giovani ingegnosi, non ravvisa in tutto questo i più importanti e pregevoli attributi del metodo che dal semplice procede al composto, e dal generale al particolare; vale a dire la brevità, la facilità e la fecondità? Chi per lo contrario non vi riscontra i vizj che derivano dall'adoperare diversamente; cioè la lunga fatica, e il meschino, greve e mal concepito frutto di nozioni ristrette, interrotte e singolari?

§ 76. Queste considerazioni servirono, se mal non mi appongo, agli ordinatori degli studj che nel passato secolo scrissero gli *Avvertimenti generali pe' i Professori nella Regia Università di Pavia;* in quel tempo cioè in cui essa parve di nuovo risorgere, ed altissimo grido per tutta Europa levò di sua celebrità.

Leggansi primieramente gli Articoli generali, e noi troveremo quanto segue.

« XVIII. Lo scopo generale di tutti i Professori nelle loro istruzioni » dovrà essere quello della brevità e precisione, accompagnate *da buon » metodo* e da una ordinata gradazione delle dottrine. Devono mettersi » su la buona strada i giovani; devono essere scortati nel cammino; » devono essere muniti dei lumi necessarj, perchè possano, bene prepa- » rati da sè, innoltrarsi nelle cognizioni più recondite. »

« XIX. La grande arte della precisione, per avvezzare alla quale » gli allievi dev' essere impegnata la cura d' ogni Professore, consiste » nell' impiegare le sole idée necessarie, nel distribuirle con l' ordine » conveniente, ed esprimerle con termini proprj: ciò che forma la vera » eloquenza dei filosofi, e che dovrebb' esserlo di tutti. »

La gradazione delle dottrine, la esattezza delle idée, le buone definizioni si ottengono forse con l' ingolfarsi a piè pari nella trattazione interna e con l' esposizione immediata delle materie positive?

Per ultimo complemento passiamo a leggere il *Piano scientifico per l' Università di Pavia*, formato dalla medesima mano, e prescritto pure dal Governo d'allora. Esso potrà servire di lume autorevole a ciò che in appresso dovrò esporvi sì nello scritto che con la voce.

« La scienza delle leggi civili (ivi si dice) in gran parte è appog- » giata ai principj del Diritto naturale e sociale, ed è fondata su le mas- » sime di giustizia e di equità naturale ...... Il Professore sbandirà » dalle sue Lezioni la varietà e la moltitudine delle dottrine e dei casi » con cui tanto sovente si vede oppressa la capacità dei principianti. »

« Dovrà però avvezzare i suoi uditori a distinguere le leggi che de- » rivano direttamente, o per una legitima induzione, dal Gius naturale,

» da quelle che dipendono dal Diritto meramente arbitrario e positivo.
» Accennerà la sorgente di queste nel costume, nell'indole del Governo,
» nelle circostanze dei tempi, nelle diversità di clima, e nel carattere
» della nazione per cui furono publicate; e procurerà d'indirizzare gli
» scolari a rintracciarne da sè medesimi il principio, la natura e lo spi-
» rito; a conoscerne i caratteri, la giustizia e l'utilità; e ad acquistare a
» poco a poco con questo metodo i talenti e le qualità d'un Giurecon-
» sulto filosofo e legislatore » (pag. 40).

Ecco, Giovani egregi, qual è il mio e quale dev' essere il vostro voto.

---

§ 77. Ho detto che voi dovete formare il voto di divenire un giorno Giureconsulti filosofi e legislatori. Questo voto espresso dal Governo che con tanto splendore riordinò gli studj di questa celebre Academia; questo voto rinovato dal Governo che architettò il nuovo Codice civile; questo voto che i grandi uomini dei passati secoli trasmisero come un legato alla posterità, per essere compiuto allora quando la forza vittoriosa del tempo, trionfando dell' ignoranza e della soperchiería feudale, richiamasse per diritto, dirò così, di postliminio l'umanità al legitimo possesso della ragione dell' equo e del buono; questo voto, io dico, non ha in mira di ottenere una semplice perfezione, ma più tosto di adempiere ad un rigoroso dovere, determinato dall'essenza stessa della civile Giurisprudenza.

§ 78. Piaciavi, Uditori, di svolgere meco l'indole di codesta Giurisprudenza; ed io m'avviso conchiuderete che il nome di vero Giureconsulto conviensi solamente a colui che la cognizione della Ragione civile non dalla parte sola delle leggi positive ritrae, ma dalla scienza ancora delle ragioni, delle origini e delle radici, dalle quali l'arte dell'equo e del buono viene naturalmente e dimostrativamente generata. Il che se venga fatto, egli è chiaro che ogni lode e possanza di filosofía e di saper civile legislativo viene al Giureconsulto giustamente attribuita.

§ 79. Per lo contrario coloro che, seguaci di bassa, inerte e vulgare usanza, posposte le definizioni, i principj e le graduate teoríe, si aggrappano a dirittura su l'addentellato dei testi e dei casi singolari, e quasi polipi aderenti allo scoglio, altro non colgono che le cose che l'onda circostante fa per solo caso cader loro sotto la mano, non laude o titolo di Giureconsulti, ma solo il nome di Prammatici o di Leguléj possono giustamente meritare.

§ 80. E per verità, cosa è la civile Giurisprudenza? Voi già lo vedeste. = Essa è l'arte di determinare nei fatti occorrenti nelle civili relazioni quello ch'è di ragione, dietro i dettami delle leggi vigenti nelle civili società. =

§ 81. Posta questa definizione, quali sono le funzioni essenziali e precipue della civile Giurisprudenza? Eccole.

1.° Determinare ed accertare la specie di fatto.

2.° Decidere, dietro la mente della legge, quello ch'è di ragione nel dato caso.

§ 82. Ai Consulenti, ai Patrocinatori, ai Giudici è necessario sotto rispetti diversi il compiere l'una e l'altra funzione. Imperocchè, sia che voi consultiate; sia che presentiate una giudiziale domanda, vale a dire che instituiate un'azione avanti ai Tribunali; sia che studiate una deduzione o pronunciate un'arringa; sia finalmente che formiate una sentenza, l'operazione della vostra mente e l'ultimo risultato del vostro discorso si riduce sempre al seguente sillogismo: = Il fatto sta così; ma la legge in questo caso dispone espressamente o tacitamente così: dunque a ragione o a torto si pretende o si ricusa o in tutto o in parte la data cosa; dunque si deve fare o non fare la data azione, dare od astenersi da una data providenza. =

§ 83. Prescindendo ora dalle disquisizioni di puro fatto (che debbono essere instituite ed ordinate dietro i canoni della critica giudiziaria, i quali altro veramente non sono che le regole logiche riguardanti la credibilità dei fatti come possono estrinsecamente constare alla ragione umana), atteniamoci ora alla parte del Diritto, come a quella che immediatamente riguarda il nostro argomento.

§ 84. A fine di affermare che la legge nel dato caso dispone o espressamente o tacitamente così, che cosa si ricerca? Ognuno di voi mi risponde che ricercasi la cognizione della vera mente, o espressa o presunta, della legge.

Ma domando io: la cognizione della mente o espressa o presunta delle leggi si può essa dedurre dalla materiale cognizione del loro testo; oppure ricercasi un ulteriore o precedente corredo di altre dottrine e di altri principj?

§ 85. Onde rendere più utile e luminosa la soluzione di codesta questione, restringiamoci a contemplare la Giurisprudenza nella sua più nobile ed importante funzione, qual è la decisione giudiziaria.

§ 86. Ogni Magistrato non può essere autore, ma solamente interprete e ministro della legge. La mente dunque del Giudice dev'essere

diretta dalla mente della legge. Per la qual cosa = pronunciare a norma dei dettami delle leggi circa il diritto o il torto delle parti; ordinare conseguentemente, in virtù dell'autorità e del potere di cui il Giudice è rivestito dal Governo, quello che deve farsi = ecco tutto quello che sotto il concetto della decisione giudiziaria si può ragionevolmente comprendere.

§ 87. Ma il pronunciare a norma dei dettami delle leggi importa due successive operazioni: la prima delle quali è conosciuta sotto il nome di *applicazione delle leggi;* la seconda si può denominare *conchiusione* o *decisione* per concedere o negare, condannare o assolvere.

§ 88. Applicare la legge altro propriamente non è che = *scoprire* e *individuare* co 'l discorso la disposizione o generale o speciale della legge riguardante il fatto proposto, facendo sentire l'identità o l'analogía del fatto contemplato dalla legge co 'l fatto pratico di cui si tratta. = Quì faciamo punto.

§ 89. Il far sentire l'identità o l'analogía del fatto contemplato dalla legge co 'l fatto pratico di cui si tratta suppone essenzialmente che il Legislatore abbia pensato e statuito su 'l caso avvenuto; altrimenti se l'ipotesi legislativa mancasse, o non fosse la medesima del fatto reale, non si potrebbe formare il giudizio dell'identità o dell'analogía, il quale necessariamente suppone la coesistenza di due oggetti, l'uno dei quali venendo dall'intelletto confrontato con l'altro, ne emerge il sentimento dell'*identità* o dell'*analogía.*

§ 90. Ora domando io: la supposizione che la legge abbia statuito su tutti i casi occorrenti nell'esercizio pratico della Giurisprudenza, è dessa conforme alla verità?

La risposta a questa ricerca esige una distinzione. O si parla delle leggi civili positive, quali a noi furono date, nel che le romane e le moderne del Codice Napoleone si comprendono; ovvero si parla di qualunque ordine di leggi che in sè abbracci anche quelle che dal naturale e politico Diritto vengono determinate.

Nel primo caso rispondo, che tanto è lungi che le due Legislazioni su mentovate s'avvisino di statuire su tutti i casi che praticamente possono accadere, che anzi per massima generale professano di essere del tutto aliene da tale pretensione.

§ 91. E quanto alla romana Legislazione, ne fanno fede le leggi seguenti, tratte dal Titolo *De legibus*, inserito nei Digesti.

Neque Leges, neque Senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur; sed sufficit ea

quae plerumque accidunt contineri. Jura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, in his quae plurimum accidunt, non quae ex inopinato: ex iis quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur: ad ea potius debet aptari jus quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt.

§ 92. Quanto poi alla vigente Legislazione, l'Oratore del Governo esprime chiaramente lo stesso pensiero delle romane leggi con le seguenti parole: « Gli è officio delle leggi lo statuire su i casi che più » di sovente avvengono. Gli accidenti, i casi fortuiti, i casi straordinarj » non saprebbero formare materia di legge. »

« Nelle materie stesse che meritano di fissare la cura del Legisla- » tore è cosa impossibile determinar tutto con regole precise. È savia » providenza pensare che non si può tutto prevedere. Ricorre per- » tanto una folla di circostanze, nelle quali un Giudice trovasi sen- » za leggi. »

§ 93. Le Legislazioni pertanto, di cui parliamo, non ebbero la folle presunzione di provedere a tutti quei casi che nell'esercizio della civile Giurisprudenza si possono offrire al Giudice ed al Giureconsulto. Per lo contrario esse professano che molti sono gli oggetti su i quali non si può statuire; e che nelle materie stesse, intorno a cui la legge statuì, mancano talvolta regole acconce a determinare ciò ch'è di ragione nei casi che l'esperienza può presentare.

§ 94. Ciò posto, come si dovrà provedere alla decisione del Giudice ed ai responsi del Giurisprudente? Per mancanza d'una legge, la cui ipotesi combaci co 'l fatto avvenuto, sarà dunque permesso di pronunciare a capriccio? Ma il giusto e l'ingiusto allora spariscono; avvegnachè e l'uno e l'altro in tanto nelle cose pratiche si generano, in quanto esiste una norma precedente, a cui il fatto e la decisione si riferiscono. Allora le fortune dei privati, lasciate in balía delle passioni e degli errori, quasi nave senza governo, commessa ad instabile e procelloso mare: *Exercitatus aut petit Syrteis Noto, - Aut fertur incerto mari.* (HORAT. Epod. Od. IX.)

Allora la libertà, le sostanze e la condizione del cittadino, preda dell'astuzia, della potenza e della ferrea insaziabile cupidigia, non trovano più legitimo sostegno, perchè i Magistrati inferiori, ai quali è affidato il dover sacro di tutelare la sorte dei privati, non riconoscono una norma onde correggere il mal fatto delle passioni e degli errori dei cittadini; e perchè i Magistrati superiori non hanno un regolo autorevole, con cui raddrizzare le ordinazioni e i giudizj degl'inferiori. Allora

con un celebre poeta, che dipinge la giustizia profanata, conviene esclamare:

E la spada che al ciel dritta e sublime
Volgea la punta, in giù rivolta, or morte
Minaccia all' egro, e l' innocente opprime.

§ 95. Ma troppo fatale ed evidente si affacciò sempre questo disordine; e però gli ordinatori degli Stati ed i maestri di civile Giurisprudenza, in mancanza della legge scritta, prescrissero come regola l'interpretazione, l'estensione per identità di ragione, la consuetudine e la naturale equità, come sussidj e supplemento alla Legislazione positiva.

Il Titolo *De legibus*, quello *De regulis Juris*, e molti altri passi incidenti del Digesto, ci forniscono su ciò molti precetti ed esempj.

§ 96. In nome della ragione l'immortale Bacone da Verulamio canonizza lo spirito della civile prudenza con le seguenti parole: *Angustia prudentiae humanae casus omnes quos tempus reperit non potest capere. Non raro itaque se ostendunt casus omissi et novi. In hujusmodi casibus triplex adhibetur remedium, sive* supplementum, *vel per processum ad similia, vel per usum exemplorum licet in legem non coaluerint, vel per jurisdictiones, quae statuunt arbitrio boni viri et secundum discretionem sanam, sive illae Curiae fuerint praetoriae, sive censoriae* (1).

§ 97. A ciò facendo eco il celebratissimo Guglielmo Leibniz, e ben distinguendo la vera identità di ragione da una mera simiglianza di caso, la quale spesso veramente involge una intrinseca differenza di diritto, spiega più distintamente qual debba essere la regola di quell'*arbitrium boni viri* e *discrezione sana* da Bacone richiesta nei Tribunali. *Cum certi juris sit* (dice il lodato Leibniz) *in iis ubi pactum non intercessit obtinere jus merum, patet in iis casibus de quibus lex se non declaravit*, secundum Jus naturae esse judicandum, *quemadmodum in casu cessantium Statutorum judicatur secundum Jus commune. Si observarent hoc decisionarii facilius se extricarent: verum illi ad similes potius materias Jure civili decisas respiciunt, et ex illis ad hos argumentantur, quae res illis magnam perplexitatem parit: sunt enim plures uni similes, et unus ad hanc, alius ad aliam similitudinem confugit. Ideo tutius arbitror referre se ad merum immutabileque Jus naturae.*

---

(1) *De dignitate et augmentis scientiarum*, Lib. VIII. Cap. III. *Exemplum tractatus de justitia universali*, Aphor. X.

§ 98. Quindi egli spingendo alla sua vera ampiezza la veduta dei rapporti di questa funzione, soggiunge: *Cum igitur duo principia sint decidendi, lex naturae et lex similis, et a materia una ad aliam valere argumentum, quoties siluit Legislator, non aliunde constet quam ex similitudine rationis, ratio autem legis pendeat ex Politicae illa parte quae dicitur* Nomothetica; *apparet Jurisconsulti in dicasterio sedentis duos oculos esse* scientiam Juris naturalis *et* scientiam nomotheticam: *quemadmodum casus jam tunc decisi per historiam retro actorum et exegesim legum cognoscuntur* (1).

§ 99. Piaciavi quì, Uditori, osservare di passaggio la perfetta coincidenza di questa massima del gran Leibniz co 'l voto che dovete fare. La scienza del Diritto naturale forma il Giureconsulto filosofo; quella della Nomotesía, ossia della Legislazione, lo forma legislatore.

§ 100. Ma riconducendo il discorso al proposito a cui era rivolto, se Bacone e Leibniz in nome della ragione raccomandarono i sovra riportati dettami, l'Oratore del Governo, che recò il Titolo preliminare del nuovo Codice civile al Corpo legislativo, li riconfermò come mente e proposito che ai Giudici ed agl' istruttori deve servire di norma e di precetto. « Quando la legge tace (dic' egli), la ragione naturale parla » ancora; se la previdenza del Legislatore è limitata, la natura è infi» nita; essa si applica a tutto ciò che può interessare gli uomini: per» chè si vorrebbero disconoscere i soccorsi ch' essa ci offre? »

« In ogni tempo fu detto che l'equità forma il supplemento delle » leggi. Ora che hanno voluto dire i Giureconsulti romani quando in » questa maniera hanno parlato dell'equità? »

« La parola *equità* è suscettibile di significazioni diverse. Talvolta » la parola *equità* non disegna che la volontà costante d'essere giusto; » e in questo senso altro non esprime che una virtù. Altra volta la pa» rola *equità* dinota una certa idoneità o disposizione di spirito, che » distingue il Giudice illuminato da quello che tale non è, o che non » lo è nel dovuto grado. Allora l'equità non è nel Magistrato che la pe» netrazione rapida d'una ragione esercitata dall'osservazione, e diretta » dall'esperienza. Ma tutto ciò non è relativo che alla morale equità, e » non a quell' equità giudiziaria, della quale i Giureconsulti romani si » occuparono, e che si può definire *un ritorno alla legge naturale nel » silenzio, nell'oscurità o nell' insufficienza delle leggi positive.* »

« Questa equità è propriamente quella che forma il *vero supple-*

---

(1) *Nova methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae,* Pars II. § 71.

» *mento* della Legislazione. Senza di lei il ministero del Giudice nel » maggior numero dei casi diverrebbe impossibile. »

§ 101. Compiacetevi, Giovani egregi, di por mente a queste ultime parole dei motivi del Titolo preliminare del Codice Napoleone.

« Il vero supplemento della Legislazione, senza del quale per lo » più renderebbesi impossibile l'esercizio del ministero del Giudice, » consiste nell'uso dell'equità, cioè nel ricorso alla legge naturale. »

§ 102. Ridotto il discorso a questo punto, ne derivano i seguenti corollarj; cioè:

1.° È tanto necessaria la Giurisprudenza, quanto sono necessarie le leggi.

2.° In forza dei rapporti essenziali delle cose non esiste nè può esistere vera Giurisprudenza dove non esiste la scienza del naturale Diritto estesa a tutti gli oggetti della Ragione civile; ma dove non esiste la vera Giurisprudenza la Legislazione viene defraudata dell'indispensabile suo complemento, e la cosa publica rimane priva dell'intento che dovevasi ripromettere: dunque coloro che, posposto lo studio della Ragione naturale, diramato ed applicato alla Ragione civile, si restringono al solo studio positivo, per indi compiere le funzioni di Giudici o di Giureconsulti, realmente ardiscono, contro ogni ragione e con danno publico, usurpare un officio da cui vengono esclusi dalla ragione essenziale delle cose, e dalle intenzioni della publica autorità.

§ 103. Volgendo pertanto il discorso al proposito della publica istruzione, domando per quali mezzi e con quale magistero si possa amministrare lo studio del naturale Diritto, diramato ed applicato alla Ragione civile. Io non abbisogno di estendermi quì a ragionare intorno a questa domanda, dopo quello che ne ho disputato con la scorta eziandío dell'Oratore del Governo e di Gravina.

§ 104. Io non annunzio cosa nuova, ma cosa antica, profondamente sentita e ripetuta sino dal rinascimento della Filosofía in Europa. Il lodato Leibniz raccomanda il metodo graduato (1), di cui vi parlai, e ne proclama i vantaggi che ne ridondano agli studiosi con le seguenti parole. *Methodus vero nova incredibilia commoda afferet, si accurata erit. Ita enim primum mirabile orietur compendium discendorum, dum generalibus regulis infinitae species simul discentur,* et praemissis generibus, *gradatim descendetur ad species, dicenturque ea tantum quae nuda generalium subsumptione non constant.... Deinde me-*

(1) *Nova methodus etc.* Pars II. § 24. 28.

moria ipsa illa naturalissima rerum ex se fluentium connexione summopere juvabitur; si nempe ex terminis in definitione generis positis, seu ex ipsa generis differentia, sumantur differentiae specierum sibi contradistinctae.

Denique cum accurata methodus non esse possit sine accuratis terminorum definitionibus (definitio enim generis velut clavis est differentiarum species constituentium) imbibetur eadem opera solida Juris cognitio, et via patebit per rationes universales *casus in Jure indecisos determinandi, ut ita tam memoriam quam judicium appareat a methodi perfectione pendere* (1).

§ 105. Eccovi, Uditori, un grande testo da meditare, e ch' io bramerei eternamente sculpito nella vostra memoria. Pregovi specialmente di notare le parole, che solo per questo metodo *via patebit per rationes universales casus in Jure indecisos determinandi:* officio che il Legislatore esige indispensabilmente dal Giureconsulto e dal Giudice, come testè vi dimostrai.

§ 106. Ma co 'l prescindere da questo metodo, co 'l ricorrere tantosto alle conclusioni nell' insegnare, e alle disposizioni positive nell'apprendere, si otterranno mai le facoltà e i vantaggi indicati dalla Ragione naturale e dal Leibniz? Per lo contrario, altro non ne ritrarremo che un' informe ed infruttifera dottrina, sempre fraporremo ritardo ai progressi, e grave danno recheremo alla sana Ragione civile.

§ 107. Quanto amerei, Uditori, di non essere obligato nel secolo decimonono a ripetere una luminosa e grave osservazione fatta dal celebre Tomasio nel secolo decimosettimo! Ma i pregiudizj di taluno, l'esempio di certe Opere elementari publicate dopo il nuovo Codice, il pregiudizio protetto dalla troppo ostinata inclinazione di conoscere e di trattare le cose co 'l minimo di fatica, mi obligano a farlo. Onde pur troppo debbo dire con Tomasio: *Inde etiam factum est, ut haec doctrina hactenus parum feliciter pertractata fuerit; praesertim cum interpretes Juris romani magis de* conclusionibus, *quam de* fundamentis genuinis *et* origine *fuerint solliciti; destituti quippe principiis moralibus ex Jure naturae et natura ipsius rei desumendis. Jam vero experientia hactenus docuit, quantam jacturam perpessa fuerit Jurisprudentia nostra ex neglectu hujus observationis: contra vero quantum lumen et incrementum ei adcesserit, postquam fundamenta ex ipsa rerum natura sollicite indagata, et ex historia genuina*

(1) *Nova methodus, etc.* § 11.

de origine rerum deducta fuerunt. Sicuti enim vera fundamenta in moralibus pariter ac in physicis haberi et cognosci non possunt, nisi in historiam de origine rerum adcurate inquiratur; ita et Jurisprudentiae romanae tradita non aliter ad vera sua revocari possunt principia, quam per hanc quam dixi methodum (1).

§ 108. La ragione pertanto, la necessità publica, l'autorità, il consenso dei più celebri uomini, tutto, in una parola, tende a dimostrare essere così essenziale alla Giurisprudenza il dedurre da principj dimostrativi di ragione e di publico interesse, e da idée generali e ben definite, le dottrine della Ragione civile, e discendere passo passo alle disposizioni positive, che senza di ciò non esiste Giurisprudenza civile. Onde posso conchiudere con le parole dirette al Corpo legislativo dall'Oratore del Governo. « Così il virtuoso d'Aguesseau diceva benissimo, » che il tempio della Giustizia non è meno consacrato alla scienza che » alle leggi; e che la vera dottrina, la quale consiste nella cognizione » dello spirito delle leggi, è superiore alla cognizione delle leggi me- » desime » (1).

I.

Del significato della parola Paratitli.

§ 109. Cosa si debba intendere sotto il nome *Paratitli* lo avete veduto nello scritto dettatovi. Ivi la definizione di Leibniz è chiara a bastanza: ond'io risparmio ogn'inutile spiegazione (*vedi sopra*, § 38).

Solamente debbo avvertire, dietro l'annotazione del celebre Gravina, che sotto il nome di *Paratitli* alcuni intesero denotarsi *brevi argomenti* o *rubriche* dei Titoli; altri poi *brevi riempimenti* di un Titolo, fatti con altri Titoli, o con le materie analoghe estratte da altri Titoli.

II.

Differenza che passa fra i Paratitli *e le* Somme.

§ 110. Ma io debbo quì osservare, che quelli i quali co 'l nome di *Paratitli* intesero denotarsi *brevi argomenti* o *rubriche*, confusero i

---

(1) Christianus Thomasius *Dissertationum academicarum.* Dissertatio LII. *De pretio adfectionis*, Cap. I. § 2, pag. mihi 563, Tom. II. edit. Halae Magdeburgicae, impensis viduae Gebaveri et filii, 1774.

(2) *Réflexions générales sur le titre préliminaire du Code civil.*

Paratitli con le *Somme* delle leggi; il che non è concesso a chi brama distinguere le cose, ed annunziarle con la dovuta esattezza. Il Leibniz nel testo dettatovi avverte questa differenza con le parole: *Talia Paratitla non habent summae rationem, sed ipsis interdum legum libris magnitudine non cedunt.* Di fatto le *Somme* altro propriamente non presentano che un compendio ristretto delle disposizioni delle leggi; il che non costituisce un requisito essenziale dei *Paratitli.* Le *Somme* seguono l'ordine delle materie contenute nel testo, nè si fanno lecito di togliere dal loro posto alcun articolo per trasportarlo in altro luogo. Al contrario i *Paratitli*, avendo per oggetto principale di radunare in un solo luogo e di offrire in un solo prospetto tutte le disposizioni riguardanti un dato soggetto, scorrono tutti i Titoli del corpo delle leggi, e da tutti ricavano le disposizioni relative ad un dato argomento, e le uniscono in un dato punto e sotto un dato Titolo; il che fa sì che il Titolo predominante venga impinguato dagli altri frammenti sparsi quà e là, concernenti la proposta materia. Per la qual cosa nei *Paratitli* si prescinde dal rinserrare dentro piccolo spazio le disposizioni delle leggi, e si tiene solamente conto della loro identità o dell'analogía co 'l soggetto principale, al quale le varie leggi si riferiscono.

III.

Degli autori migliori che hanno fatto Paratitli.

§ 111. Molti si sono occupati a tessere *Paratitli* del Diritto romano con più o con meno di successo. Io quì non ricorderò che alcuni dei più meritevoli, e che non conviene dimenticare. Tali sono, per esempio, Ugone Donello, Nicolò Vigelio, Vesembecio, a cui Bacovio ed Hannio fecero delle aggiunte, Cujacio, Mejero, Porozio.

E sebene tutti non abbiano dato alle loro Opere il nome di *Paratitli*, tuttavía per la sostanza delle cose esse meritano un tal nome, perchè appunto racchiudono i caratteri sovra enunciati, proprj dei *Paratitli.* Per questa ragione il Commentario alle Pandette, fatto dal celebre Giovanni Voet, si può considerare per un aspetto come un libro di *Paratitli*, perchè sotto certi Titoli egli suole per lo più radunare tutti gli argomenti e le leggi analoghe. Ma siccome egli entra poi in molte questioni, e riporta in ogni materia gli autori più celebri che ne trattarono; così presa l'Opera del Voet complessivamente, veste la forma d'un Trattato universale, tessuto per altro con l'ordine delle Pandette. L'Opera di Voet, a senso mio, è la più istruttiva onde informare chiunque

intorno la genuina Giurisprudenza civile secondo il Diritto comune; e mi pare preferibile ad un Brunemanno, ad un Lauterbachio, ad un Zoesio, ed a molti altri trattatisti di grido.

IV.

Necessità dei Paratitli *del Diritto romano.*

§ 112. Il bisogno di fare i *Paratitli* quando essi restringonsi al puro testo, indica un difetto di ordine nella compilazione di un Codice. E questo appunto fu il motivo che indusse i Giureconsulti citati, ed altri molti, ad occuparsi di quelli che riguardano la compilazione di Giustiniano. Essa di fatto si può riguardare come una collezione di pezzi d'una miniera eccellente, ma spesso rozzi, sconnessi, e posti fuori di luogo.

§ 113. Negli Atti degli eruditi di Germania (Parte XXIII. pag. 287) si leggono alcune osservazioni, le quali miste alle mie io quì produco, perchè turpe cosa vi sarebbe ignorare le particolarità del paese che dovete conoscere e stimare imparzialmente.

« Egli è noto (ivi si dice) che il Diritto romano in tutta Europa, » specialmente in tutto l' Impero germanico, ottiene autorità di legge, a » meno che non venga ad esso derogato o con espressi Statuti o con » notorie consuetudini. Da ciò viene, che in tutti i Tribunali è fatto » norma dei publici giudizj. »

« Ma egli è pur certo che, supponendo ancora che le leggi siano » giuste e convenienti alla ragione, tuttavía debbono avere, dal canto » della loro forma esterna, degli altri requisiti. Questi principalmente » sono la *chiarezza*, l'*ordine*, la *brevità*. »

« Ora quantunque le leggi romane per la massima parte concordino » con la ragione, tuttavía esse mancano di questi pregi esterni; sicchè » n' è avvenuto che alcune per la loro oscurità e disordine, ed altre per » la loro prolissità, hanno servito a coprire molti esempj d'ingiustizia. »

« Tali difetti furono commessi:

« 1.° Perchè i compilatori trassero spesse volte quelle leggi da » Costituzioni fra sè ripugnanti di diverse età e di molti Principi. E » siccome co 'l volgere dei tempi cangiò lo stato della republica, e va» riate furono le massime di Governo e di leggi; così doveva nascere » necessariamente la confusione, e la difficoltà di conciliare le disposi» zioni che ne emanarono. »

« 2°. I testi delle leggi romane, posti nella loro sede nativa, ve» nivano illustrati dai passi antecedenti e dai conseguenti, ai quali

» andavano congiunti. Ma strappati di là a guisa di frammenti, e tras-
» portati senz'altro corredo in luogo straniero, rimasero privi di quel
» nesso che ne poteva agevolare la perfetta intelligenza. Per lo che a
» simiglianza di un pezzo d'una statua antica o di un ornato architetto-
» nico scoperti in qualche scavo, su i quali gli antiquarj si tormentano
» il cervello per indovinare a qual corpo appartengano, o a quale mossa
» od uso servissero, gl'illustratori e gl'interpreti del romano Diritto
» dovettero intensamente occuparsi a diciferare il genuino senso del-
» l'Editto a cui si riferivano, o del principio di ragione da cui proce-
» devano, con danno infinito dell'istruzione publica e dell'amministra-
» zione della giustizia. Di fatti quante volte non ci vien fatto di leggere
» spiegazioni dell'Editto perpetuo di Adriano e dei commentarj di leg-
» gi, senza che ne vengano riportati i testi? Ma quante corruttele e
» male applicazioni indi ne seguirono? »

A ciò si aggiunga, che i compilatori di Costantinopoli, come avvertono gli eruditi, non intesero talvolta gli autori dai quali trassero il frammento; e ciò tanto a motivo dei riti e delle formule che al loro tempo erano cadute in disuso, quanto a motivo delle cifre e delle abbreviature con le quali erano stati scritti i testi originali. Di fatto si possono vedere anche oggidì certe sigle a' piè dell'edizione dell'Editto Adrianéo publicato dal dotto e diligente Rauchinio, per rilevare le quali era d'uopo essere profondamente versati nella lingua e nelle formule degli antichi, ed avere tessuto delle penose e moltiplici combinazioni. Così, per esempio, presso Probo si trovano alla pag. 1487 le seguenti: Q. E. R. F. E. D., che significano: *Quod ejus rei factum esse dicetur.* Così pure V. P. R.; cioè: *Veteri possessori redditur;* e molte altre di questo gusto.

3.° Alcune volte nella Collezione Giustinianéa s'incontra una legge, che subì una mutazione, inserita in un luogo, e la sua mutazione riportata in un altro del tutto separato; talvolta il testo si trova in una sede, e la sua spiegazione in un'altra; talvolta l'applicazione d'una regola, le conseguenze d'un principio, il fondamento d'una disposizione di legge nei primi libri; e la regola, il principio e il fondamento, che dovevano servire di base, si rinvengono negli ultimi.

4.° Sovente si ripete la medesima cosa più volte in luoghi disparati.

5.° Più spesso molto tratto s'ingombra di casi meramente singolari, e di soluzioni o rescritti riguardanti tali casi, mentre che lo spirito si poteva restringere in poche regole generali, con le quali si avrebbe potuto comprenderli tutti, e provedere eziandío ad infiniti altri. Mille

casi non valgono una regola; e una buona regola equivale a tutti i casi di un dato genere.

6.° In alcuni luoghi acremente si dísputa di certe sottigliezze, ed apici di diritto; e poco dopo si scopre in altro luogo che tutta questa pena era superflua, perchè sorge un altro Giureconsulto, il quale ci manifesta che la nuova disposizione fu introdotta, a dispetto del rigore civile, per motivi di naturale equità.

7.° E poichè la Ragione civile e politica, con la quale le prime leggi di Roma furono avviluppate sotto gl'Imperatori, fu appoggiata da una setta di Giureconsulti, e la Ragione naturale facile ed equa fu pure sviluppata e difesa da un'altra setta; avvenne che i frammenti degli scrittori della prima sono intralciati ed angustiati dalle formule e dagli acumi della Ragione civile; quelli degli altri sono più spediti, perchè troncando tutti i nodi si spingono a dirittura alle decisioni del buon Diritto naturale, ed afferrano la bilancia della comune utilità: *Jus aequum bonum*.

Per lo che nel leggere la Collezione Giustinianéa ricorre alla mente l'imagine d'un'assembléa di partigiani di due fazioni contrarie, fregiati dei loro segnali distintivi. Ma sorge indi un'altra schiera di Giureconsulti, che si pone in mezzo a dirimere la lite, i quali perciò furono denominati *Erciscundi*, cioè *divisori*.

Per tutte queste ed altre simili ragioni sorgeva la necessità di ordinare le disposizioni del Diritto Giustinianéo in una serie di collezioni, le quali ne agevolassero lo studio e l'uso pratico; e per conseguenza fra gli altri metodi furono usati i *Paratitli*, dei quali vi ho fatto parola.

V.

Ragioni per le quali i Paratitli *sono necessarj anche dopo il Codice Napoleone.*

§ 114. Ma sebene i compilatori del Codice Napoleone non siano incorsi in tutti questi difetti, e con ciò abbiano recato un grandissimo beneficio alla publica istruzione, come vi ho esposto nel mio primo Ragionamento (1), tuttavía non li hanno tutti evitati così da togliere il bisogno di formar novamente dei *Paratitli.* Ed eccomi al secondo paragrafo della Prefazione (*sopra*, § 38. 2.°).

1.° Primieramente nel leggere il Codice Napoleone tosto si presen-

(1) Vedi la Prolusione, sopra, § 7 e seg. (DG)

tano quà e là, framiste al Diritto civile statuente, molte disposizioni che appartengono propriamente alla Procedura civile e all' ordine delle cose autentiche, anzichè a quel Diritto civile il quale deve formare il soggetto delle dottrine di questa scuola. Tali sono molti articoli del Titolo *Dei divorzj*, tutta la parte delle *prove*, e parecchi articoli sparsi quà e là, i quali sono di assoluta appartenenza della civile Procedura. Tali tutte le disposizioni riguardanti gli atti dello stato civile, le iscrizioni e i registri delle ipoteche, e varie altre formalità onde rendere comprovanti parecchi atti: le quali ordinazioni concernono interamente l' ordine delle cose autentiche.

2.° In secondo luogo nel Codice Napoleone non si osserva sempre l'ordine naturale dei soggetti in modo d'inserire nei primi Titoli i principj, e far indi succedere le conseguenze; e produrre prima certe leggi sopra una data materia, e poi far succedere le altre che ne suppongono la cognizione. Un esempio lo abbiamo nel Titolo *Degli absenti*, ch' è uno dei primi del Codice Napoleone. Ivi si tratta in via di deduzione degli effetti dell'absenza, e si regolano oggetti spettanti alla comunione dotale, alle eredità, alle tutele, prima che si abbia veduto cosa essenzialmente importino i diritti loro fondamentali.

3.° Alcune volte si cumulano dentro lo stesso Titolo i cánoni generali e particolari riguardanti una data materia, facendo servire l' ordine naturale delle idée alla denominazione materiale del Titolo, anzichè separare ed ordinare le cose secondo i rapporti logici ed essenziali delle cose medesime.

§ 115. Per le quali cose tutte, ed altre simili che in progresso io potrò additarvi, si scorge a bastanza la necessità di tessere dei *Paratitli* anche dopo l'emanazione del nuovo Codice civile.

§ 116. E quantunque io sapia che l'ordine co 'l quale le materie possono essere insegnate non possa in parte essere lo stesso di quello co 'l quale esse stanno disposte in un Codice; e quantunque eziandío sia noto che ad un Legislatore per essere obedito basta ch' egli dichiari manifestamente la sua volontà: tuttavía ognuno accorda che havvi anche un ordine naturale per un Codice di leggi civili, cui non è lecito travolgere a piacere. Tal è, per esempio, quello di non mescolare materie estranee al suo soggetto; tale quello di far precedere le leggi fondamentali alle leggi conseguenti, le massime direttrici d'un dato ordine di diritti alle applicazioni di queste stesse massime ai casi particolari.

§ 117. Queste regole sono state espressamente riconosciute e professate dai compilatori del Codice Napoleone, come ce ne fanno fede i

Processi verbali delle Conferenze nelle quali fu discusso il Progetto. Ma se incorse qualche difetto, egli si deve imputare alla sollecitudine con la quale si dovette compiere un sì ampio lavoro, tanto universalmente ed energicamente invocato dal publico bisogno.

§ 118. Nell'atto però che ci dobbiamo astenere dal censurare gli autori del Codice Napoleone per non essere stati più che uomini, noi dobbiamo pure occuparci del mezzo onde agevolare lo studio e quindi l'applicazione delle nuove leggi nella maniera più breve, più facile e più proficua. La qual cosa, avuto riguardo alla limitazione ed alle leggi naturali dello spirito umano, non si può, a mio credere, ottenere che con una serie ordinata di Titoli, i quali con la possanza d'un'idéa dominante richiamino tutte le idée connesse ed analoghe, e le concentrino e simmetrizzino dentro un dato spazio adattato all'umana comprensione.

Allora la ragione diventa veramente padrona del suo soggetto; allora viene animata da quell'allettamento ch'è proprio dell'ordine metodico, il quale interessando l'attenzione co 'l bello intellettuale, la sprona a superare le difficoltà dello studio. *Tantum series juncturaque pollet.*

---

§ 119. Esposti i caratteri dei *Paratitli*, e dimostrata la necessità di formarli anche dopo la promulgazione del nuovo Codice civile, l'ordine del testo vorrebbe che io vi parlassi oggi dei motivi pe' i quali debbono essere *ragionati*. Ma siccome questo argomento appartiene propriamente alle condizioni della civile Giurisprudenza, così mi riserbo dire su di esso in altro luogo più adatto. Passiamo dunque ad analizzare e a convalidare le ragioni, per le quali i mentovati *Paratitli* debbono essere accompagnati dal confronto con le leggi romane.

§ 120. La prima ragione che ne addussi è, perchè il Diritto romano è la fonte principale da cui furono attinte le nuove leggi. Questo è un fatto espressamente proclamato dai compilatori del Progetto del Codice civile, e verificato con l'opera da Enrico Giambattista Dard de l'Isère nel libro intitolato *Codice civile dei Francesi*, *con Note indicative delle Leggi romane ec.*, edizione di Parigi, 1805. « Quest'Opera (egli » dice) ha per oggetto di dimostrare che la massima parte delle dispo- » sizioni del Codice civile furono attinte nelle leggi anteriori, e prin- » cipalmente nelle romane, la saviezza delle quali è riconosciuta da » tutte le nazioni incivilite (1). »

---

(1) Avvertimento, pag. 5.

§ 121. Alcuni uomini, ignoranti dei rapporti eterni della giustizia e della ragione privata, pretesero in Francia che tutto dovesse essere nuovo nella civile Legislazione, e perciò censurarono i compilatori del Progetto per non essersi discostati interamente dalle vecchie massime di civile Giurisprudenza. Ma il Consigliere Portalis (della cui perdita dobbiamo sinceramente dolerci) rispose a questa censura. L'esposizione de' suoi sentimenti, i quali per aver prevaluto nel Consiglio indicano la mente del Legislatore, vi servirà di lume, Giovani egregi, per comprendere su ciò le vedute legislative e generali. Io mi studierò di corredare questa esposizione con qualche tratto che ne avvalori di più la ragione e l'utilità.

§ 122. Taluni (egli disse) sembrano malcontenti di non incontrare verun *grande concepimento* nel Progetto del Codice civile che fu sottomesso alle discussioni. Eglino si lagnano di non ravvisarvi che una rifusione del Diritto romano, dei nostri antichi costumi, e delle vecchie nostre massime.

Sarebbe cosa assai desiderabile il sapere precisamente ciò che si vuol dire con la frase *grande concepimento*. Si pretende forse di esprimere con queste parole qualche novità assai ardita, qualche instituzione alla maniera dei Soloni e dei Licurghi?

Ma non ci lasciamo illudere: un'ardita novità non è soventi volte che un errore brillante, il cui subitaneo splendore simiglia a quello del fulmine che colpisce il luogo stesso ch' egli rischiara.

Guardiamoci adunque dal confondere il genio che crea ed ordina, con lo spirito innovatore che rovescia e disnatura.

Le instituzioni di Solone e di Licurgo, che pajono tanto singolari, avevano la loro radice nei costumi dei popoli pe' i quali erano state fatte. Solone stesso ci avverte che non conviene mai dare ad un popolo altre leggi, che quelle ch'egli può comportare.

Voi sapete di fatti, Giovani ornatissimi, il famoso suo detto: O Ateniesi, io non vi ho dato le migliori leggi, ma solamente quelle che potete sopportare.

Gli antichi tempi non simigliano ai nostri tempi moderni. Nei secoli antichi le nazioni erano più isolate, e per conseguenza più suscettibili d'essere governate con instituzioni esclusive. Ma a' tempi nostri, nei quali il commercio ha stabilito fra gli Stati diversi vincoli di comunicazione assai più che altre volte ne esistevano fra le città d'uno stesso Impero; a' tempi nostri, nei quali le stesse arti, le stesse scienze, la stessa religione, la stessa morale hanno stabilita una specie di comu-

nanza fra tutti i popoli inciviliti d'Europa; se una nazione per le sue massime si volesse isolare da tutte le altre, si getterebbe in una forzata situazione, che angustierebbe la sua politica, e comprometterebbe la sua potenza, obligandola a rinunciare a tutte le sue relazioni; o pure, se queste relazioni fossero conservate, essa non potrebbe sussistere.

§ 123. Il rimprovero fatto ai redattori del Progetto, d'avere in massima parte lavorato con la scorta delle leggi romane e delle vecchie consuetudini, merita d'essere apprezzato giusta il suo vero valore.

Si conosce forse un popolo, il quale abbia dato a sè stesso un Codice civile tutto intiero, un Codice assolutamente nuovo, compilato senza aver riguardo alcuno alle cose che si praticavano da prima?

Interroghiamo la storia: essa si può in qualche modo chiamare la fisica sperimentale della Legislazione. Essa c' insegna che da per tutto furono rispettate le massime antiche, delle quali si aveva provata l'utilità, quali risultati d'una lunga serie d'osservazioni.

Nessun popolo si è mai abbandonato alla pericolosa impresa di separarsi subitamente da tutto ciò che aveva fatto nascere, sviluppare e progredire il suo incivilimento, e dicifrare, dirò così, la sua intiera esistenza.

§ 124. In ciò (permettetemi ch'io soggiunga) conviene ammirare la secreta, costante ed invincibile possanza della natura, la quale nel mondo morale, come nel mondo fisico, fa procedere l'ordine di tutte le cose senza salti, e sottomette ogni progresso alle leggi della più stretta continuità. E nel far ciò essa provede nello stesso tempo con economía a quelle esigenze che si manifestano nel grado attuale di sviluppamento in cui gli esseri del mondo sì fisico che morale si trovano collocati, ed invocano una providenza per giungere al loro scopo. Poche leggi, o dirò meglio pochi usi, e per lo più personali e ristretti, si veggono nascere in mezzo ad un popolo rozzo e semplice. Ma queste leggi e questi usi bastano a provedere alle sue occorrenze, ed allo stato delle sue relazioni. Si estende la cultura, si moltiplicano le arti, si accrescono i bisogni, e quindi nasce la necessità di altre leggi; ma queste per uno stretto e vicino grado di estensione e per uno spirito di analogía si legano alle antecedenti, nè mai una intiera invenzione le fa sorgere dal nulla, come gli uomini di Cadmo che sorgono tutto ad un tratto dalla terra cresciuti ed armati.

§ 125. La legge delle dodici Tavole (prosegue il sig. Portalis) non fu che una raccolta delle leggi degli antichi Re di Roma.

Postochè al signor Portalis piaque concorrere nell'opinione del ce-

lebre Vico, io avrei amato più tosto avesse detto che le leggi delle dodici Tavole furono tratte in parte dalle leggi dei Re; in parte dagli usi anteriori, come appunto avvenne co 'l Codice di Rotario, che ridusse in iscritto le consuetudini longobardiche; e in parte finalmente dalle prepotenti istanze del popolo, che, al dire di Livio, implorava un *jus aequum bonum*, ossia il pareggiamento delle utilità co' i nobili: pareggiamento che nel conflitto non fu che in poche cose accordato.

§ 126. Il Codice di Giustiniano (egli prosegue) e quelli de' suoi predecessori non furono che compilazioni.

In Francia le belle Ordinanze del celebre Cancelliere De l'Hôpital e quelle di Luigi XIV. non offrono che la scelta fatta con discernimento delle più savie disposizioni inserite nelle costumanze e negli antichi depositi della Legislazione francese.

A' dì nostri Federico II., re filosofo, ha egli fatto altro che riunire con metodo le regole e i principj che noi abbiamo ricevuto dai Romani, e che hanno incivilito l'Europa?

Il Codice generale di Prussia, recentemente publicato, è veramente più esteso di quello di Federico; ma egli non è stato che il guardiano saggio e fedele di tutte le massime ricevute, ed ha fin anche rispettate le consuetudini locali.

Perchè dunque (esclama il sig. Portalis) avremmo noi dovuto avere l'imprudenza di ripudiare la ricca eredità dei nostri padri?

§ 127. Io non sono per contradire al sig. Portalis; ma la immutabile verità mi costringe a confessare candidamente, che se per una cognizione íntima dell'indole delle leggi romane io non fossi persuaso che il Diritto romano ha acquistato un impero immortale per la sua stessa bontà, e per quello spirito perpetuo di santità, dirò così, e di giustizia che spira da per tutto dove l'ignoranza e l'avarizia di alcuni Ministri non hanno tentato di corromperlo; io non rimarrei convinto dalla sola forza degli esempj ch'egli adduce. La storia abonda troppo di opinioni e di pregiudizj predominanti per molti secoli e fra più nazioni; e per conseguenza c'insegna a non deferire facilmente alla sola autorità.

§ 128. Per la qual cosa, omettendo le altre osservazioni, nelle quali si affastellano sotto un solo concetto quelle instituzioni e quelle leggi che debbono variare, come variar debbono i periodi dell'educazione, con quelle leggi le quali, essendo emanazioni della giustizia, hanno una stabilità assoluta; io soggiungerò più tosto, che con le innovazioni non si cangia la costituzione della natura umana, e però non si potrà mai fare che la specie umana non sia un'unione d'esseri per diritto eguali

fra loro, che hanno bisogno d'un governo onde ottenere parità d'intelligenza e di libertà nell'esercizio dei loro diritti; che le leggi romane, essendo quasi tutte valevoli ad ottenere quest'intento, si dovevano adottare in forza dell'ordine essenziale delle cose, ossia della natura umana e delle società civili.

§ 129. Da tutte le premesse cose pertanto vedete il perchè si doveva in massima parte attingere il Codice Napoleone dal Diritto romano, e scorgete i fondamenti della prima ragione, per cui non si può disgiungere lo studio di esso da quello della nuova Giurisprudenza.

§ 130. Riepilogando quindi il discorso antecedente, risultano in sostanza i due motivi seguenti: l'uno è essenziale ed intrinseco, e l'altro è accidentale ed estrinseco. Essi si possono restringere ai seguenti termini.

1.° In quasi tutte quelle materie, nelle quali i rapporti della giustizia comune debbono determinare le leggi fra i privati, il Diritto romano essendo conforme al Diritto naturale, ed essendo essenzialmente fonte indeclinabile di providenza civile, si dovevano da lui attingere le nuove leggi, nè si poteva declinare da lui senza ledere la giustizia, e quindi la publica utilità. Ecco il primo motivo.

2.° Il Diritto romano essendo il Diritto che in gran parte reggeva la nazione a cui fu dato il nuovo Codice, e l'Europa incivilita; nè dovendosi distruggere, ma all'opposto rispettare dentro dello Stato la forza di quelle abitudini che non sono viziose; fuori dello Stato poi non convenendo di rompere senza necessità quell'uniformità ch'è tanto importante conservare con gli altri popoli, in vista delle relazioni, delle connessioni e della promiscuità d'affari e di convivenza delle nazioni: perciò era necessario conformare le nuove leggi civili secondo i principj del Diritto comune in tutte quelle parti in cui non appariva una vera necessità d'introdurre cambiamenti. Ecco il secondo motivo.

§ 131. Sviluppato così il primo motivo per congiungere lo studio del Diritto romano con quello del Codice Napoleone, quasi nulla mi rimane a soggiungere sopra i due seguenti.

E quanto a quello ch'io espressi con le parole = perchè il Codice Napoleone si rimette in parecchie materie al Diritto antico = ognuno sente tantosto, ch'essendo questa una osservazione di puro fatto, la ragione della quale emerge dallo sviluppamento del primo, d'altro non abbisogna che d'essere giustificata co 'l riscontro dei passi ne' quali il suddetto Codice si è di fatti riportato alle leggi anteriori. Il che è riservato ad ulteriori spiegazioni.

§ 132. Per quello poi che spetta all'altro motivo, cioè = che dopo il Codice Napoleone il Diritto romano può servire di regola autorevolissima alle decisioni là dove il Codice Napoleone non istatuisce = io debbo prevenirvi che la sede propria a sviluppare quest'osservazione cade in quella parte dei Prolegomeni, nella quale devesi trattare dell'effetto del Codice Napoleone su le leggi civili anteriori; e però mi riserbo a trattarne ivi, perchè la connessione delle materie mi potrà forse fornire una istruzione più utile per voi.

§ 133. Fratanto permettete, Giovani valorosissimi, che di nuovo vi rammenti un argomento di zelo allo studio e di entusiasmo nazionale. A noi più che ad altri mai appartiene il domandarci a vicenda: chi avrà l'imprudenza di ripudiare la doviziosa eredità dei nostri padri? Più tosto in faccia d'Europa tutta ripetiamo quelle memorande parole di Cicerone: *Fremant omnes licet, dicam quod sentio: bibliothecas omnium, mehercle, philosophorum unus XII. Tabularum* (e diciamo *Digestorum*) *liber, si quis legum fontes et Capita viderit, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare* (1).

---

§ 134. Con la Prefazione vi ho accennato in una maniera generale il metodo ch'io credo migliore per dirigere l'istruzione riguardante la nuova Legislazione civile. Co' i Prolegomeni comincio ad eseguire il metodo proposto.

§ 135. È necessario che voi siate persuasi della loro importanza, e dell'effetto a cui tendono, onde occuparvi intensamente degli oggetti che in essi s'espongono. Un gagliardo motivo riuscirà certamente per voi il conoscere primieramente com'essi debbano essere tessuti. Da ciò potrete dedurre quale funzione per essi si compia, e quanto frutto se ne possa attendere.

§ 136. I Prolegomeni, ossia le Prenozioni, sono necessarj per adagiare, dirò così, la mente degli studiosi alla cognizione íntima e speciale del soggetto che si accingono ad apprendere. Nello scíbile, e specialmente fra le parti diverse d'una medesima facoltà, non vi sono salti. Ma dall'altra parte fra il soggetto essenziale d'una dottrina e il soggetto essenziale di un'altra dottrina havvi una certa distanza che viene riempiuta da idée intermedie. Oltre a ciò, in ogni nuovo soggetto la mente umana ha bisogno di comprendere prima il *tèma* o il *prospetto*, per indi

---

(1) *De Oratore.*

analizzarlo con ordine, e poi ricomporlo, onde ottenere i risultati finali. Ciò premesso, ecco quello che rimane a considerare.

§ 137. Dietro le cognizioni della capacità e delle leggi dello spirito umano, preparare la mente di taluno ad una dottrina, altro non può significare, che rilevare lo stato dei lumi de' quali lo spirito suo, mediante lo studio fatto con ordine, si trova o si presume trovarsi già fornito; indi dal punto in cui è collocato, per mezzo d'una serie di nozioni graduatamente disposte e subordinate fra loro giusta le vere affinità logiche, guidarlo in seno della nuova scienza che si vuole insegnare, non dimenticando sopra tutto di far avvertire il campo e la posizione della scienza proposta rispettivamente a quella che precedette, ed alle altre più affini; ad imitazione del geografo, il quale circoscrive e paragona con finitimi paesi quello ch' egli vuole studiare, onde incominciare dal determinarne in generale la forma, la estensione, l' ubicazione.

§ 138. Tre sono pertanto le operazioni principali che dai Prolegomeni debbono essere adempiute.

1.° Rilevare il valore e l' estensione della scienza di cui la mente dell' allievo si trova o si presume trovarsi già istruita, per iscoprire i *rapporti di connessione* fra la scienza da cui egli parte, e la scienza verso la quale s' incammina: e ciò ad oggetto di raccomandare i primi annelli dell' istruzione a basi preconosciute e ferme; di passare con accorgimento dal cognito all' incognito, e dalle verità dimostrate a quelle che no 'l sono ancora. Questa è una operazione richiesta da quella grande unità sistematica che lega ed avvalora tutto lo scibile umano: unità cui è forza rispettare e seguire, onde conoscere pienamente e fermamente, e produrre con buon effetto ogni cosa utile fra gli uomini.

Conviene per altro avvertire, che questa prima operazione non deve con espresso discorso essere esposta dal precettore; ma tacitamente ed a suo privato lume soltanto dev'essere da lui meditata, per approfittarsi a dirittura delle relazioni della scienza antecedente con le dottrine che egli assume a trattare.

§ 139. 2.° La seconda incumbenza versa su la maniera di collegare la dottrina antecedente già conosciuta con la susseguente non ancora conosciuta. Fu detto che questa maniera consiste = nel far percorrere alla mente lo spazio intermedio che le sepára ambedue, procedendo per una serie graduata di nozioni subordinate fra loro giusta le più vicine affinità logiche. = Non si potrebbe mai raccomandare a bastanza la pratica fedele di questo metodo. Egli è dettato dalle leggi naturali ed imperiose che presiedono ai progressi dello spirito umano. La legge della

continuità e dell'assimilazione ha luogo nello sviluppamento e nei progressi dell' umana ragione, come ha luogo nello svilupparsi e nell' ingrandire dei corpi organizzati.

§ 140. Non confondiamo le *affinità logiche*, delle quali io parlo quì, con le *analogie*. L' analogía di un' idéa con un' altra consiste propriamente in una *estrinseca rassimiglianza* di forma, alla quale sembra corrispondere dal canto del cervello una simiglianza di movimento, o almeno una così piccola differenza, che le fibre si hanno a piegare senza sforzo ad un movimento fatto con la più ristretta continuità.

All' opposto le *affinità logiche* cadono più tosto su i *giudizj*, ossia su i *risultati* dei *giudizj*, che su la forma estrinseca delle idée medesime. Esse si potrebbero dire un' analogía degli *oggetti logici*; un collegamento di sentenze della mente, fatto con quella gradazione continua, con la quale si sviluppa il discernimento; e però vengono associate fra loro in maniera, che il grado susseguente del discernimento sia il più vicino possibile al grado precedente.

§ 141. Un esempio aggiungerà lume. Datemi un uomo istruito nelle teoríe della Fisica. Sopraviene una nuova scoperta o una serie di nuove scoperte in un dato genere: egli senza fatica lega le nuove idée alle antecedenti. Datemi non dico un idiota, ma un puro grammatico o un semplice letterato: essi o non intenderanno nulla, o almeno con istento comprenderanno qualche tratto delibato, senza possedere giammai la forza della nuova scoperta. Nel primo l'effetto delle affinità logiche è manifesto, come negli ultimi si fa sentire quello della loro mancanza. Nè si potrebbe dire che si tratti propriamente del giuoco delle analogíe, come viene comunemente inteso, perchè molte volte la nuova teoría, lungi dal riposare su le note analogíe, anzi le distrugge: si tratta più tosto di una specie di associazione logica fra le idée collegate, e dipendenti le une dalle altre per simiglianza dei *giudizj* pronunciati dalla mente.

§ 142. È nota la massima, che alla buona riuscita delle produzioni sì fisiche che morali ricercasi la *maturità*. Che vuol dir ciò? Altro non vuol dire, se non che i poteri produttivi non possono operare perfettamente che co 'l mezzo e giusta la misura delle più vicine affinità; e però che tali poteri per ben riuscire non possono eccedere la specie, la misura e le connessioni fra le cose antecedenti e le susseguenti: talchè ai progressi della ragione e delle dottrine presiede la legge della *continuità* sottomessa ai rapporti dell' unità.

§ 143. Questa legge è così necessaria e indeclinabile in tutti i periodi della vita umana e in tutte le epoche della società, che ad onta di

qualunque bisogno e di qualunque sforzo, la buona riuscita esclude qualunque salto: *Tantum series juncturaque pollet.*

§ 144. Quando Socrate dichiarava di far le funzioni di levatrice delle idée di coloro ch' egli istruiva, in sostanza professava di seguire e di condurre l' attenzione de' suoi allievi per mezzo delle affinità logiche. Ogni metodo d'*istruzione* sarà dunque tanto più perfetto, quanto più si avvicinerà al metodo socratico ben inteso.

§ 145. Non per questo gli elementi scritti o stampati di qualsiasi dottrina dovranno procedere per quelle lente e minute mosse che il metodo socratico esige; ma deve bastare ch'essi segnino a discreti intervalli e con una giudiziosa graduazione i punti più osservabili che si debbono sviluppare. Egli è officio delle spiegazioni e delle private esercitazioni impiegare le finezze del metodo socratico a sminuzzare ed esaminare a parte a parte ogni articolo della dottrina abbozzato negli elementi che debbono servire solamente di argomento e di traccia generale alla piena istruzione.

§ 146. 3.° La terza operazione dei Prolegomeni consiste nel far *avvertire il campo* e la posizione della scienza *proposta* rispettivamente a quelle che precedettero ed alle altre affini. Nella prima operazione si trattava di valutare la scienza che precedette alle dottrine che si debbono spiegare; e fu detto che quella non si deve nè riassumere, nè circoscrivere, ma solamente *connettere* con la susseguente. Quì per lo contrario si tratta della scienza che si deve esporre, cui conviene *raffigurare* nella sua vera forma, determinare in tutta la sua estensione, ed appoggiare con le sue necessarie connessioni. Mediante quest' ultima funzione si torna al punto da cui si parte, per formare una sola indisolubile unità; talchè le tre operazioni indicate propriamente non costituiscono che tre parti di una sola funzione. Ognuno rimane di leggieri convinto essere necessario il fare preliminarmente osservare ad un principiante il *campo* e la *posizione* della scienza cui intraprende a conoscere, s'egli pensa che la prima occupazione in qualunque dottrina consista nell'analisi. Di fatto, cosa importa l'*analisi?* Ognuno sa ch'essa importa ch' io abbia *prima sotto alla mano tutto il soggetto* che voglio analizzare. Analizzare materialmente è lo stesso che scomporre nelle sue minime parti una cosa; analizzare intellettualmente egli è portare partitamente e ordinatamente l'attenzione su tutte le particolarità d' un soggetto proposto alla meditazione, onde alla fine ottenerne un'adeguata cognizione: il che si fa con la successiva e ben ordinata *ricomposizione*, prima a piccoli fasci, indi in complesso; d' onde nascono i risultati

prima particolari e poi generali, che si esprimono in proposizioni, in teoremi, in principj, che sono l'espressione compendiata di tutto quello che prima si vide partitamente.

§ 147. Ma come portare partitamente e ordinatamente l'attenzione su tutta una cosa? come assicurarsi di averla tutta investigata, se prima tutta intiera non si ha presente; se tutta, come dissi, non si ha sotto alla mano? Ma nelle cose di *puro rapporto*, come sono i subjetti morali e legali, in quale maniera si può adoperare, onde assicurarsi di avere sotto alla mano tutto il soggetto dell' investigazione? Nelle cose fisiche i miei sensi mi presentano il campo dell' operazione. Un albero, una meteora, la forma, il corso di un pianeta, sono circoscritti ed assicurati dalla testimonianza de' miei sensi; ma nelle cose morali ciò non è fattibile. È dunque necessario supplire con l'arte intellettuale.

Quest' arte ad altro non si può ridurre, che a formare un *prospetto generale e ristretto*, che tutta abbracci la corporatura, dirò così, della cosa da analizzare, e ne segni i vincoli naturali con quegli oggetti co' i quali si trova necessariamente congiunta. Tocca poi allo studio della scienza, fatto di proposito, ossia all' esame interno della dottrina, eseguire l' analisi, e trarne i risultati di ragione.

§ 148. Questo campo e questa posizione della scienza si presenta *due volte* allo sguardo del principiante, prima d' intraprendere l'esame analitico del suo soggetto. La prima volta egli è un paese che viene assai di lontano, come dalla vetta di un discosto monte, additato. Ecco il paese al quale tu devi avvicinarti (dice a lui l' istruttore), ed ecco la strada che dovrai tenere. L' aspetto del paese, mirato da questo luogo, appare ristrettissimo e confuso; ma per ora deve bastarti a raffigurare il luogo al quale tu devi tendere, e la via che tu devi battere. Questa via nella parte più vicina a te è distinta, illuminata e spaziosa. A proporzione che crescono le distanze l' aspetto di lei va mano mano attenuandosi e confondendosi al tuo sguardo. Ma quando la scorrerai, essa sarà egualmente ampia e luminosa. Tu intanto vedi manifestamente le prime tracce che devi seguire, partendo dal posto in cui ora sei situato. Io ti condurrò per mano, e i nuovi tuoi passi saranno mossi sempre con la precognizione del cammino che devi percorrere, e con la rimembranza di quello che avrai prima compiuto.

Giunto vicino al paese prima contemplato, tu ne ravviserai di nuovo l' intiero prospetto, ma in una maniera più chiara e particolarizzata. Saranno i principali tratti che tu ne coglierai, e questo prospetto ti servirà a riportare con ordine e con sicurezza le tue investigazioni. Questa

è la *seconda* delle *vedute preparatorie* del campo della dottrina ad uso dei Prolegomeni. Giunta la trattazione a questo punto, la mente dell'iniziato si trova con perfetta cognizione di causa al vestibolo delle scienze. Allora finiscono i Prolegomeni, e comincia la *trattazione intiera.* Ecco le vedute con le quali io credo che si debba procedere nelle prime mosse verso qualunque dottrina.

Applichiamo questi principj allo studio della civile Giurisprudenza.

§ 149. Io debbo supporre in primo luogo che ognuno di voi sia istrutto a bastanza della filosofía razionale che abbraccia l'arte di ragionare e la scienza delle umane facoltà.

Questi studj sono necessarj, anzi indispensabili, per ben intendere le dottrine della Giurisprudenza.

L'arte di verificare i fatti è indispensabile per preparare la mente a tutta la materia delle prove legali.

L'arte di combinare le verità di osservazione è pure indispensabile per ben analizzare i fatti, per tessere i paragoni tra il fatto e la legge, e per applicarla rettamente.

L'una e l'altra di queste arti formano le due parti precipue di quella di pensare, conosciuta sotto il nome di *Logica.*

§ 150. Oltre a ciò, io debbo supporre che voi siate istrutti delle leggi delle umane facoltà, senza la cognizione delle quali non potreste certo ben penetrare le teoríe del consenso, dell'errore, del dolo, della buona o mala fede, e tutto ciò che riguarda la parte, dirò così, psicologica o morale dei fatti volontarj e imputabili; e dedurne indi mille corollarj di diritto, che riposano su i risultati della scienza di fatto dell'umana moralità, e dell'imputazione dei diversi atti umani cui accade esaminare nella civile Giurisprudenza.

§ 151. La scienza del naturale Diritto specialmente sociale, contemplata nella sua universalità, entra più da vicino a far parte delle scienze preparatorie, delle quali io vi debbo stimare già imbevuti. Questa è così importante, che senza di lei non è possibile che alcun uomo possa riuscir mai un buon Giureconsulto, nè adempiere i desiderj del Legislatore. Tutte le idée principali che si maneggiano nella scienza della Ragione civile, altro propriamente non sono che le nozioni stesse del naturale Diritto.

§ 152. Premesse queste supposizioni, che servir mi dovevano di punto d'appoggio ad erigere tutto l'edifizio dell'addottrinamento, e come di tronco onde innestarvi sopra e proseguire ad estendere e diramare le altre parti dell'istruzione, a me non rimane che tessere tutta l'or-

ditura intermedia che congiunge la scienza del civile Diritto con quelle delle quali vi ho fatto parola.

Ecco quello che mi rimane a fare. Dal prospetto che vi ho presentato potete vedere a bastanza quale sia la natura e l'ordine dei soggetti che ho trascelti per formare questa catena.

§ 153. Poco mi rimane a dir quì intorno all'ultima parte dei Prolegomeni che riguarda la *partizione* (*vedi sopra*, § 43). Farò solamente osservare, che se esiste scienza o disciplina, la quale più che altra mai abbisogni di un prospetto preliminare ristretto, e ordinatamente distribuito, questa è sopra tutte la civile Giurisprudenza.

Da una parte gli oggetti di lei sono sommamente svariati, complessi e collegati; dall'altra parte la mente umana è d'una cortissima comprensione: io voglio dire, ch'essa può abbracciare ad un solo tratto pochissime cose.

In questo stato di cose essa abbisogna di certe forme accorciate, le quali in breve le risveglino l'idéa delle cose vedute, e ne presentino i vincoli e la procedenza.

Per lo che i prospetti di cui parlo, oltre d'essere necessarj per determinare il soggetto dello studio da farsi, sono indispensabili per non perdere il frutto dello studio che già si fece. Allora si possono riguardare come sussidj della memoria. Essi si possono considerare come altretanti segni di convenzione, onde risvegliare in breve le idée centrali, dirò così, della scienza, e rappresentare figuratamente l'albero della procedenza di quelle idée che si debbono acquistare, e di quelle che furono già acquistate.

§ 154. Questo bisogno fu sentito in ogni tempo; e quindi allorchè la Metafisica entrò ad analizzare i varj corpi delle scienze, furono imaginati gli alberi figurati, ossia certe tavole, nelle quali si espressero le divisioni delle varie parti delle scienze. Tosto si sentì l'utilità di codesto sussidio, e quindi le dette tavole o alberi furono comandati come giovevolissimi.

« *Commodissimae sunt* (dice Leibnizio) *tabellae*, *quarum ope ut uno obtuitu primum in generali tabula totam scientiam*, *velut geographicam mappam; deinde vero speciatim singulas quasi provincias lustrare* (1).

Queste tavole, incognite agli antichi, furono commendate da Pietro Remo e da' suoi discepoli.

---

(1) *Nova methodus docendae discendaeque Jurisprudentiae*, Pars II. § 7.

In esse impiegò somma diligenza per le cose etiche e politiche Teodoro Zvingero, per il Diritto Gio. Tomaso Freigio.

Essi furono seguíti da una folla di altri, che quì è inutile ricordare.

Dalle tabelle si passò alle figure ed alle dipinture, che potessero agevolare la memoria materiale degli oggetti espressi nelle medesime. Fuvvi chi espresse tutti i titoli della Giurisprudenza sopra la figura di una donna, e ne svolse le rubriche sopra gli ornamenti ed altri oggetti feminili. Un altro più bizzarro dipinse un asino, e sopra le varie parti del corpo distese i Titoli del Digesto, alludendo al detto vulgare: *Purus Legista merus asinista*. Tocca a voi, Giovani ingegnosi, a sculpire le rubriche della civile equità a' piedi della statua della Filosofía, a guisa di un albero fecondo che produce i suoi frutti a prò di quelli che lo sanno cultivare.

---

§ 155. Nel Discorso antecedente io mi sono studiato dimostrarvi in quale maniera debbano essere tessuti i Prolegomeni che servono all'insegnamento della civile Giurisprudenza. Non vi ho presentato una divisione delle materie ch'essi debbono contenere, perchè voi già l'avevate in iscritto (1). Mi sono invece occupato delle massime generali che devono dirigere un istruttore nel formarli.

Incomincio oggi a svilupparne gli oggetti. Il primo fra questi oggetti sono le *Prenozioni* della scienza del Diritto civile, come ho indicato al § I. (§ 39).

§ 156. Fra queste Prenozioni tiene il primo luogo la cognizione della *natura* e delle *funzioni generali* della civile Giurisprudenza, di cui perciò ho voluto anticipare la definizione nel § II. (§ 40).

Se di fatto essa è lo *scopo* dei vostri studj, se voi frequentate questa scuola onde divenire Giureconsulti, per impiegare da poi l'opera vostra o nel patrocinio o nella decisione delle cause, o nell'amministrazione dei publici affari; egli è assolutamente indispensabile che voi la conosciate distintamente e profondamente prima di ogni altra cosa.

§ 157. Imperocchè, come dicono tutti i maestri della Ragione civile con Wesembecio al principio de' suoi *Paratitli: Omnis quae via et ratione suscipitur de re quapiam institutio, principio finem quo res ea fertur atque collimat prospicere* (come appunto io ho divisato), *deinde media ad exitum recte ducentia vestigare prudenter et aperire solerter debet. Quemadmodum enim viatores qui et certam metam*

---

(1) Vedi sopra, § 39 a 44. (DG)

propositam et semitam, quo eo recte ferat probe cognitam habent minus aberrare possunt; sic in doctrinis artium tradendis cum initio finis cujusque disciplinae proponitur, et apta subinde methodo commodaque discendi facultate quaecumque eo sine errore perducere queant commonstrantur, fit ut in tota deinceps institutione halluci-nari minus et impingere possint (1).

§ 158. Dimostrata così la necessità di premettere ad ogni altra cognizione quella che riguarda la natura e le funzioni principali e generali della Giurisprudenza, passiamo a svilupparne la definizione.

§ 159. Io mi risparmierei questa cura, se anche dopo la publicazione del Codice Napoleone, in certi libri che qualcheduno ha voluto encomiare come classici, non vedessi che ancora si pecca gravemente nella definizione della prima idéa della civile Giurisprudenza; e se non conoscessi per una ripetuta sperienza, che dall'ignorare la natura ed i confini si confondono spesso le vedute legislative con le giudiziali, e le funzioni statuenti con le funzioni puramente esecutive.

§ 160. Ho detto che la civile Giurisprudenza è = l'arte di determinare nei diversi fatti occorrenti nelle civili relazioni quello ch'è di ragione, dietro i dettami delle leggi vigenti nelle civili società = (§ 40).

Io vi prego quì a ponderar bene i termini di questa definizione. Essa vi esprime l'ultimo risultato di molte considerazioni e di moltiplici confronti fatti antecedentemente, dei quali vedrete l'esposizione e la dimostrazione nelle Lezioni seguenti.

§ 161. Gli Scolastici con molta ragione dicevano che ogni definizione per essere perfetta deve esprimere il genere, la specie e la differenza ultima. Quì noi trattiamo della Giurisprudenza civile.

Il genere quì dovrebbe consistere in quella funzione che può aver comune con qualunque altro ramo della Giurisprudenza universale.

È dunque necessario prima il conoscere almeno incidentemente in che consista la Giurisprudenza universale, per accertarci in che consista il carattere che la Giurisprudenza civile ha di comune con lei, e quindi per determinare il *genere*, ossia il carattere generico espresso nella definizione.

§ 162. La Giurisprudenza, secondo il significato stesso della parola, o a dir meglio secondo il supposto che involge nel solo suo nome, inchiude l'idéa d'un *ordine di leggi* che dirigono le azioni libere d'un

(1) Wesembecius, *Commentarii in Pandectas et Codicem olim dicti* Paratitla *aucta ab Arnoldo Vinnio cum notis et observationibus Reinhardi Bacovii.* Lugd. Batavorum 1649, apud Adrianum Wyngkerden. Tit. I. in principio.

ente intelligente ed attivo. Essa presuppone, in una parola, l'esistenza d'una legge che serva di norma alle azioni d'un ente intelligente e libero. Dove non vi può essere moralità, e per ciò stesso intelligenza e libertà, non vi può essere nè vero precetto, nè vero comando, nè diritto; ma altro non vi può essere che un impulso o mecanico o psicologico.

§ 163. Per *moralità* io intendo = la capacità di conformare con precognizione le proprie azioni ad una legge preesistente. =

Dietro la nozione di una legge preesistente si determina se la tale azione o la tal serie di azioni, che appellansi *un fatto*, il tale regolamento sia conforme o no all'esemplare, al regolo, all'idéa archetipa, alla norma, in una parola, che fu fissata. Se si scopre che il tal fatto sia conforme, si dice ch'è giusto, ossia identico con quello che fu richiesto dalla norma; se non è conforme, dicesi ingiusto. Questa operazione dicesi *determinare ciò ch'è di ragione*, *quid juris*, cioè quello che la legge o espressamente o tacitamente dispone nel dato caso, quello che il Legislatore stesso nel dato caso direbbe se fosse stato giudice del fatto accaduto.

§ 164. In questa funzione pertanto, a parlare esattamente, non *si regola* verun oggetto, ma solamente si esamina e si pronunzia un giudizio dietro la regola preesistente. Si fa uso, dirò così, degli occhi e della bocca, e non delle mani.

§ 165. Il regolare spetta al Legislatore quando fissa la legge, e non al Magistrato quando giudica, o al Giureconsulto quando risponde o difende.

Non nego che il regolare non possa spettare talvolta anche al Magistrato, specialmente dove una porzione del potere esecutivo fu affidata al Giudice; ma ciò è solo per accidente, ned entra nella nozione della Giurisprudenza. Il regolare esecutivamente è più tosto una operazione conseguente all'esercizio della Giurisprudenza, che una funzione diretta e propria di lei.

§ 166. Ulpiano, Papiniano, Modestino furono o no chiamati Giureconsulti? esercitarono o no la Giurisprudenza? La voce concorde di molti secoli pronuncia di sì. Come l'esercitarono? Co' i loro responsi. In che consistevano i responsi? Consistevano nel pronunziare se la tal legge dovesse intendersi più tosto in un senso che in un altro; se nel tal caso, dietro i dettami della legge, si poteva o non si poteva fare la tal cosa. In una parola, determinavano ciò che sembrava loro di ragione nei dati casi. Se determinare ciò ch'è di ragione si prende per sinonimo di regolare o di dirigere, io non sono contrario a questo significato; ma in tal caso ad una locuzione propria, precisa, e che indica la fun-

zione essenziale della Giurisprudenza, si sostituirebbe una frase vaga, impropria ed equívoca, la quale può applicarsi egualmente alle funzioni del Legislatore e del Governo, più tosto che restringersi alle funzioni caratteristiche di quella Giurisprudenza che deve occuparsi dell'applicazione d'una legge preesistente.

§ 167. Ma se da per tutto, dove esiste una legge imposta ad un agente intelligente e libero, può esistere una Giurisprudenza, vi saranno dunque tante specie particolari di Giurisprudenza, quante classi di leggi possono obligare questi esseri intelligenti e liberi con una norma preconosciuta.

§ 168. Da ciò naquero le divisioni di Giurisprudenza naturale e positiva, divina ed umana; da ciò la suddivisione della Giurisprudenza in publica e privata, in civile, criminale, politica; da ciò ancora altre suddivisioni più minute. E così nella Giurisprudenza civile fu distinta la civile propriamente detta, la commerciale, la giudiziaria riguardante la procedura, e così del resto.

In tutte queste specie però predomina un carattere *comune;* ed è quello di *determinare* nei dati casi particolari, in vista d'una regola, *ciò ch'è di ragione.*

§ 169. Benchè sia proprio delle leggi l'indurre la necessità di fare o di non fare, e per conseguenza sembri che si potesse dire che la Giurisprudenza determina nei dati casi concreti ciò che in vista della legge si deve o non si deve, si può o non si può fare; tuttavía io preferisco la frase di sopra usata, cioè *determinare* quello ch'è di ragione: e ciò perchè, sebene nelle funzioni della Giurisprudenza entri anche quella di decidere se un tal atto si possa o non si possa, si debba o non si debba eseguire; tuttavía essa non si restringe a questa sola funzione. La sua estensione è quella della legge, e più poi si estende combinando diversi articoli della legge, e deducendo da quelli e dallo spirito manifestato dal Legislatore altre conseguenze tacitamente volute dal medesimo. Ora siccome la legge molte volte annulla anche atti passati; così la Giurisprudenza, pronunciando che nel tal caso pratico si verifica la nullità, non determina propriamente e tassativamente ciò che si deve o si può fare o non fare. Non determina nè meno che quell'atto sostanzialmente si poteva fare o non fare, perchè la nullità può cadere sopra un atto lecitissimo, come p. e. in un contratto lecito; ma pronuncia solamente l'esistenza d'una mancanza di forme d'un atto che per sè si poteva fare, e che molte volte anzi si doveva fare. In questo caso il Giureconsulto determina ciò ch'è di ragione dietro la legge, pronun-

ciando in via di mera osservazione di fatto giuridico, e niente più. Le parole dunque *determinare ciò ch'è di ragione* servono ad esprimere in tutta l'estensione le funzioni proprie della Giurisprudenza.

---

§ 170. Nella passata Lezione abbiamo veduto cosa sia la Giurisprudenza, e quale ne sia il comune ed essenziale carattere.

Io non mi estenderò oggi a sviluppare gli altri, perchè la nozione della Giurisprudenza civile essendo propriamente una nozione di risultato, e veramente l'ultima e completa conseguenza dei rapporti generali della Ragione civile, non si può esattamente giustificare e comprovare in tutta la sua forza ed estensione se non dopo avere veduto il prospetto intiero dei fondamenti, sopra i quali si appoggia.

§ 171. Invece io mi limiterò oggi a ponderare una definizione allegata nel Diritto romano, perchè fu sostenuta dall'autorità di moltissimi vecchi Giureconsulti, e perchè recentemente fu riprodotta senza veruna annotazione e senza sostituirne alcun'altra da un certo sig. Bernardi, Capo-divisione nel Ministero del Gran-Giudice di Francia, il quale ha preteso di dare un Corso del nuovo Diritto civile paragonato co 'l Diritto romano.

§ 172. Quella definizione la troviamo in un frammento di Ulpiano, inserito nella legge 10. del Titolo I. dei Digesti, e la leggiamo ripetuta nel principio delle Istituzioni di Giustiniano. Eccola: *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia; justi atque injusti scientia.*

§ 173. Primieramente io osservo quì, che se questa fosse una definizione della Giurisprudenza, essa non sarebbe mai quella che specialmente conviene alla Ragione civile, ma più tosto quella che si riferisce al Diritto universale; e però tutt'al più con essa si descriverebbe la Giurisprudenza universale. Una prova espressa l'abbiamo da Ulpiano medesimo nelle prime linee del Digesto. Ivi parlando dello studio del Diritto, dice: *Hujus studii duae sunt positiones: publicum et privatum. Publicum Jus est, quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem ..... Publicum Jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit, etc.* (Leg. I. § 2. Dig. *De justitia et jure*). Da questo passo pertanto si vede che la notizia delle cose divine, le quali appunto costituiscono la fonte delle regole delle cose religiose o sacre, e dei sacerdozj, viene riferita da Ulpiano al Diritto publico, il quale appunto costituisce una parte della Giurisprudenza

universale; anzi per ciò stesso forma due rami della Giurisprudenza, qual è la Giurisprudenza divina, e la Giurisprudenza di Stato o publica.

§ 174. È ben vero che talvolta presso gli antichi noi troviamo il nome di *divino* attribuito ad ogni specie di dottrina appoggiata sovra i primi e più certi principj di ragione; ma ciò, parlando della Giurisprudenza, venne praticato dai Greci, e non dai Romani. Questi quando in relazione alla Giurisprudenza fecero menzione delle cose divine, vollero sempre denotare le cose sacre o religiose di Roma, che sì largamente influirono ai progressi ed alla prosperità della loro republica. — Io passo a provare sì l'una che l'altra parte di questa mia proposizione.

§ 175. Presso gli Ateniesi, come osserva il Vico, i principj del Diritto venivano insegnati dai filosofi secondo lo spirito della rispettiva setta che professavano, disputando della virtù, della giustizia, delle leggi, della republica, della costanza del saggio, la quale forma parte della filosofía; e in quanto questa filosofía trattava della cosa publica e delle leggi, presso di loro si appellava *dottrina civile.* Essa viene generata come ramo della dottrina della virtù e della giustizia, la quale versava intorno alle passioni ed ai loro rimedj, alle virtù ed agli officj della vita che la riguardano; il che tutto forma presso i moderni il soggetto proprio dell' Etica.

Sì l'una che l'altra delle mentovate dottrine si abbracciava sotto d'una sola denominazione, cioè di *scienza delle cose umane.*

§ 176. Siccome poi la prima norma, onde ordinare i dettami di queste scienze, veniva tratta come da fonte dalle nozioni di Dio, dell' animo umano, della vita dell' animo, cioè della mente; dell' occhio della mente, cioè della ragione; della luce di tal occhio, cioè delle idée (tutte imagini tessute dalle analogíe suggerite da un tipo più arcano, che chiamavasi *divino*): così i Greci appellarono co 'l nome di *Filosofía divina* la dottrina di queste cose, e l'associarono alla morale pratica. Dal che avvenne che, ragionando su la verità ed eternità dei su mentovati oggetti, essi ne usarono per confermare e perfezionare la ragione umana, e determinare con ciò la costanza del saggio.

§ 177. Per lo che Aristotile ne' suoi Libri su l' Etica dice che i principj della *dottrina civile* si debbono derivare dalla Filosofía divina, stantechè i filosofi delle materie tutte sopra indicate formavano la prima parte della loro Metafisica, che denominavano *delle cose divine.* Dall'unione poi sì di codesta Filosofía divina, che della dottrina civile, facevano sorgere la *sapienza*, la quale perciò veniva dai medesimi definita *la scienza delle cose divine ed umane.*

§ 178. Quella da Platone viene fregiata dell' attributo di *consumatrice* o *perfezionatrice dell'uomo: hominis consumatrix;* come quella che perfeziona ambedue le interne facoltà umane, vale a dire l' intelletto con la verità, e il cuore con la virtù; l'una delle quali influisce su l'altra, e dall'unione delle quali viene formata la sapienza.

§ 179. Co 'l nome di *sapienti* poi venivano designati coloro che si consacravano tanto alla contemplazione delle cose più sublimi, quanto a fondar republiche con rette leggi, o ad amministrarle con la fermezza e la giustizia.

§ 180. Egli è per altro osservabile, se dobbiamo attenerci alle osservazioni del prelodato Vico, che presso gli Ateniesi la notizia delle leggi e la loro applicazione non si riunivano ordinariamente ed abitualmente nella stessa persona. Eravi in Atene una classe di persone che appellavansi *Pragmatici*, i quali conservavano il deposito, dirò così, materiale delle leggi publicate, delle decisioni, e di ogni altra parte positiva dell'attico Diritto, ed eziandío ne insegnavano la pura storia. Di fatto non ci consta essere esistito Giureconsulto alcuno che abbia fatte Instituzioni, insegnate teoríe, e stese dottrine su 'l gusto d' un Ulpiano, d' un Cajo, d'un Paolo, e di alcuni altri Giureconsulti romani.

§ 181. Solamente sapiamo che, all'opportunità di trattare una causa, gli oratori versavano anche in questioni di Diritto, applicato per altro al caso speciale; e per tale maniera la Giurisprudenza eventuale della causa fu compresa nella Retorica, come parte della medesima. Ma usando (*sic*) essi di trattare una causa, impiegavano circa il fatto le facoltà della Retorica, essendo il fatto quella parte che di sua natura è oratoria: quanto al Diritto di ragione, distinto dal mero positivo, attingevano le loro topiche dalle dottrine dei filosofi. Allorchè poi si trattava di affari precisamente definiti dalla legge, o decisi dai Tribunali, s' istruivano prima dai Prammatici suddetti; ma il risultato di questo lavoro era finalmente che, parlando del Diritto secondo l'opportunità delle cause, questo veniva ravvolto entro gli artificj dell' oratoria; e trascinato ai fatti più dietro l' impegno della causa, che dietro i rapporti della verità, non poteva somministrare mai nè una massima sicura, nè una vera teoría.

Laonde noi vediamo il Grozio corredare in gran parte la dottrina dell' interpretazione con l'erudizione greca attinta ai precetti dei retori.

§ 182. La cosa non era tale presso i Romani. Essi fecero uno studio precipuo della religione e delle leggi, e la eressero in dottrina. E siccome appo loro, più che presso alcun altro popolo, la religione fu sem-

pre impiegata nel régime dello Stato; così congiunsero la scienza delle cose religiose o divine, come avverte Gottofredo (1), e prima di lui Cicerone nel Libro *De Oratore*, e nella Orazione *pro Murena*. Da ciò è manifesto che co 'l nome di *scienza delle cose divine* intesero sempre dinotare la scienza della religione e delle cerimonie dello Stato. Fuvvi anche un tempo che i Patrizj serbarono a sè stessi come arcana ed esclusiva la scienza delle leggi, della religione e dell' erudizione patria, come in molti luoghi avverte Cicerone e qualche altro scrittore. Da tutto ciò avvenne, che volendo essi dinotare con un solo nome la scienza che forma un uomo di Stato, la denominarono *Giurisprudenza*, nella quale compresero appunto anche la scienza delle cose divine ed umane.

§ 183. Se questa verità, che agevolmente si trae da tutto il complesso della storia romana, si volesse corroborare con gli esempj per lunga età continuati, noi potremmo recare in mezzo quelli di uno Scevola giureconsulto, che, al dire di Valerio Massimo (2), bene e lungamente ordinò i diritti dei cittadini e le cerimonie della religione; d'un Tito Manlio Torquato, che, al riferire del medesimo Valerio Massimo (3), viene encomiato come perito nel Diritto civile e nelle sacre cose pontificali. Così, presso Tacito, (4) Attejo Capitone, capo della setta dei Giureconsulti aristocratici, viene designato come dotto nel Diritto divino ed umano; il che viene confermato anche da Macrobio (5), che lo chiama fra tutti peritissimo nel Diritto pontificio. Prova di ciò egli diede co 'l lasciare dopo di sè libri di Diritto pontificio, come notano Aulo Gellio (6) e Festo.

Il suo avversario Labeone, capo della setta del Diritto di equità, lasciò anch' egli dei commentarj di Diritto pontificio, come attestano Festo, Carisio e Vogipatro. Tacito racconta (7) che l' imperatore Nerva era dotto in ogni Diritto divino ed umano.

Aulo Gellio (8) finalmente, nello spiegare le cerimonie dei Flamini, usa dell'autorità del giureconsulto Masurio Sabino.

Tutto ciò avvenne perchè dalla natura del régime di Roma si era introdotta l' opinione, che niuno fosse buon Giureconsulto se non riuniva in sè stesso tutta la scienza civile e religiosa; come anche, al dire di Cicerone (9), niuno potesse essere buon Pontefice, se non era versato nel Diritto civile.

---

(1) In L. 10. D. *De Instit. et jure* — (2) *Exempl. memorab.* Lib. VIII. Cap. VIII. — (3) Lib. V. Cap. VIII. — (4) Lib. III. — (5) Lib. VII. Cap. XIII. — (6) Lib. IV. Cap. VI. — (7) Lib. V. — (8) Lib. X. Cap. XV. — (9) *De legibus*, II.

§ 184. Per lo che i Giureconsulti si occupavano anche delle cerimonie e insegnavano la liturgía, e così in quali giorni, con quali ostie, con qual rito, *in quali* templi eseguir si dovessero; quali fossero i diritti dei sepolcri, *quali* le solennità dei funerali: delle quali ultime cose abbiamo traccia nei Digesti ai Titoli *De religiosis etc.*, *et De mortuo inferendo.* Ecco pertanto a che si riferiscono le parole citate di Ulpiano: DIVINARUM *atque* HUMANARUM *rerum notitia.*

§ 185. Non ebbe dunque egli in mira di esprimere la scienza della Filosofía, ma bensì la notizia delle dottrine e delle cerimonie di Roma, come intese anche il dottissimo Gottofredo.

§ 186. Ma quì è da osservare, che per ciò stesso egli non produsse quì la definizione della Giurisprudenza, ma bensì volle indicare il complesso delle scienze che al tempo di Roma antica dovevano costituire, secondo l'indole del governo e dell'opinione publica, un perfetto Giureconsulto; non altrimenti che presso di noi le cognizioni dell'anatomía esterna, dei costumi, degli arredi e dei vestiti degli antichi, della chimica dei colori, delle regole dell'ottica, della prospettiva si ricercano per costituire un perfetto pittore. Ma che perciò? Voi non definirete mai la pittura la notizia di tutte queste cose, ma solamente l'arte di esprimere co' i colori gli oggetti visibili della natura o dell'arte.

§ 187. Ma s'egli è vero che ogni arte dev'essere definita dietro il suo *oggetto* proprio, e non dietro i sussidj ch'essa può ritrarre per effettuarlo; e se è vero dall'altra parte, che l'intento essenziale della Giurisprudenza generale consiste nel determinare, in vista delle leggi preesistenti, ciò ch'è di ragione nelle relazioni morali di qualunque genere: egli è dunque evidente che il recato passo di Ulpiano non si potrà mai allegare come definizione della Giurisprudenza, ma solamente come l'espressione di quel complesso di scienze che possono servire all'uso della Giurisprudenza, che in Roma antica doveva costituire un perfetto Giureconsulto: complesso che, in forza della povertà del linguaggio e dell'uso di tali scienze, fu chiamato co 'l nome di *Giurisprudenza.*

§ 188. Quì non istà ancora tutta la cosa. Consta che Ulpiano ebbe questa intenzione. Di fatto, volendo egli definire propriamente la Giurisprudenza, la chiamò *ars boni et aequi*, come si legge nelle prime linee del Digesto. Niun uomo che abbia senso comune adduce mai due *diverse* e vicine definizioni della stessa cosa; ed Ulpiano era a bastanza dotto filosofo ed esatto per non cadere in questo assurdo. Niuno poi mette in dubio che questa definizione non sia appropriata alla Giurisprudenza, come si può vedere presso i più illustri interpreti.

§ 189. Da tutto questo pertanto si deve conchiudere, che il signor de Bernardi ha peccato doppiamente, perchè in primo luogo ha prodotto una definizione che non conviene nè alla natura della cosa, nè alla natura della Legislazione del Codice Napoleone, del quale pretende egli esporre le dottrine. In secondo luogo poi perchè, anche prescindendo da queste circostanze, ha allegato come definizione della Giurisprudenza civile quella che il suo stesso autore non ha inteso di addurre come tale, omettendo l'altra, la quale sebene sia troppo generale, e perciò imperfetta, tuttavía s'accosta di più alla natura della cosa.

§ 190. Dico ch'è troppo generale ed imperfetta: sì perchè l'equo e il buono dev'essere proprio di qualunque ramo di Giurisprudenza, e il regolarlo tocca propriamente al Legislatore ed al filosofo, e non all'arbitrio del Magistrato o di un patrocinatore; e sì perchè la Giurisprudenza civile dev'essere diretta da una legge anteriore vigente nello Stato, senza di che essa usurperebbe le facoltà legislative, come ho già fatto avvertire.

§ 191. Dopo tutte queste considerazioni io stimo superfluo estendermi a parlare delle definizioni allegate dalla comune degl' interpreti del Diritto romano, perchè d'ordinario essi ripetono quelle di Ulpiano, che alcuni anche uniscono in una. Questo vi serva d'esempio quanto noi abbisogniamo di rendere esatto l'abicì della Giurisprudenza civile.

---

§ 192. Questa Lezione verserà su la definizione della *legge* considerata nella massima sua generalità, vale a dire presa in quel senso che comprende tutte sorta di leggi fisiche, morali, intellettuali, politiche. Nella Legge 2. Dig. *De legibus* la legge viene prima di tutto considerata sotto questo aspetto universale.

§ 193. Una parafrasi del testo dettatovi (1), oltre divenire superflua, perchè il testo non presenta niun concetto che abbisogni d'essere analizzato o diradato di più, non mi presenterebbe l'occasione di contemplare il mio soggetto sotto altri aspetti, nè mi darebbe campo di dedurne nuovi risultati, come appunto deve fare una spiegazione academica. Per lo contrario l'esame di altre celebri opinioni somministra questi vantaggi, nell'atto che fornisce l'erudizione propria della dottrina che si tratta.

---

(1) Questo richiamo si riferisce al § 438 e seg. dello scritto su gli *Enti morali* (Volume III. pag. 693 e seg.), che forma parte di questi *Paratitli*, come si è detto di sopra, pag. 31. (DG)

Questo sia detto una volta per sempre, onde dare ragione del metodo ch' io terrò in tutto il corso delle mie spiegazioni.

§ 194. Venendo ora alla definizione della legge, presa nel suo concetto più generale, io debbo far osservare, che fino dai primordj della Filosofía essa formò oggetto dell' attenzione dei pensatori. Se essi non si occuparono sempre a recarne una esatta definizione, almeno ne affermarono l'esistenza, e la contrasegnarono sempre con tali caratteri, pe' i quali si sentiva il *predominio* di lei su tutte le cose del mondo sì fisico che morale, nel quale si comprendono anche le politiche società.

§ 195. Cicerone nel Libro III. *delle Leggi* considera la legge in generale come una specie d' *impero*, senza del quale nè casa, nè città, nè popolo, nè l' intiero genere umano, nè la natura tutta, nè l'universo medesimo potrebbero conservarsi. Consimili idée le troviamo in Platone ed in Aristotile.

Lex est (dice Demostene nell' Orazione prima contro Aristogitone), *cui omnes obtemperare* CONVENIT.

Lex est omnium divinarum et humanarum rerum regina, disse Crisippo filosofo stoico al principio del libro ch' egli stese su la legge, al riferire del giureconsulto Marciano nella legge 2. Dig. *De legibus.*

Plutarco, nel Trattato che porta il titolo: *Che si ricerca perchè un Principe sia sapiente*, chiama la legge *la regina dei mortali e degl' immortali.*

§ 196. Le idée di regina, d' impero, di necessità d' obedire, che abbraccia tutte le cose del mondo sì fisico che morale, cosa inchiudono esse? È troppo manifesto che suppongono l' esistenza e l' azione d' una forza superiore, che *padroneggia* e fa servire altre forze o altri esseri, onde produrre un determinato effetto. Ma spingendo l'analisi all'ultimo principio fondamentale, cosa índica tutto questo, se non l' esistenza di una necessità o fisica o morale imposta o assolutamente o ipoteticamente ad uno o più esseri di fare o di non fare una data cosa, di agire o non agire, di esistere o non esistere in una data maniera?

§ 197. Dove vi è impero o necessità si esclude la *indifferenza* e la *libertà;* e viceversa dove esiste la *indifferenza* e la *libertà* si esclude la *necessità.*

§ 198. Lo svolgere la idéa supposta che si nasconde nel significato d'una parola non è affare di mera curiosità, ma è della massima importanza, allorchè si tratta di addurre una definizione; stantechè nelle materie specialmente morali e giuridiche una definizione ad altro propriamente non si riduce, che a far sortire e a rendere vie più esplícite le

idée comuni che stanno sotto al significato di una parola che in diverse maniere viene applicata, e a raccoglierne le idée perpetue e fondamentali.

§ 199. Ma senza discostarci dall'idéa fondamentale della legge, noi tuttodì ci avvediamo che l'idéa predominante e fondamentale consiste nella necessità o nel vincolo derivante da una data cagione, e quindi nella necessità o fisica o morale, o d'impulso o finale, di fare o di non fare, d'essere o di non essere in una data maniera. Avvenendo poi di parlare d'una data azione assolutamente libera, usiamo della frase: *in ciò non ricevo legge da nessuno;* e viceversa: *il tal uomo*, *la tal donna dà legge al tal altro; le stagioni dànno la legge alla fecondità;* e così del resto.

§ 200. Da tutto ciò pertanto risulta, che il concetto di una potenza predominante ed attiva, sia che risegga in un ente, o in un complesso di enti, o altrove, forma il principio e la base fondamentale della nozione della legge, presa nel senso il più esteso possibile.

§ 201. Ciò premesso, io domando: si può egli mai figurare che questa necessità consista nei puri rapporti delle cose, senz'aggiungere verun' altra considerazione? Anche fra gli atomi di Epicuro, che si movono, come si suol dire, senza legge nell'ovolo immenso dello spazio infinito; anche fra gli elementi disciolti nel caos esistono dei rapporti: si dirà dunque che là esistano leggi od ordini di leggi? Tanto è lungi che niuno abbia osato di ciò affermare, che anzi all'opposto tale stato di cose e di rapporti si contrapongono all'idéa d'uno stato ordinato, in cui regna appunto la legge. Così lo stato errante, solitario, brutale dell'uomo selvaggio, che pure ha rapporti, si chiama *senza legge. Exleges* furono sempre chiamati gli uomini abbandonati a sì fatte situazioni, benchè pure esistano dei rapporti.

§ 202. E pure chi crederebbe che uno dei più celebri uomini che la Francia produsse nello scorso secolo siasi avvisato di definire la legge in generale « i rapporti necessarj che derivano dalla natura delle cose? »

« Le leggi (dice Montesquieu incominciando il suo libro *Dello spi-*
» *rito delle leggi*), nella significazione loro più estesa, sono i rapporti
» necessarj che derivano dalla natura delle cose; e in questo senso tutti
» gli esseri hanno le loro leggi: la Divinità ha le sue leggi; il mondo
» materiale ha le sue leggi; le Intelligenze superiori all'uomo hanno le
» loro leggi; le bestie hanno le loro leggi; l'uomo ha le sue leggi. »

§ 203. Carlo Bonnet ginevrino, di sempre a me cara e venerata memoria, avvertì prontamente nel suo *Saggio analitico su le facoltà del-*

l'anima, Capo XXVII., quanto questa definizione sia imperfetta; e però, presa come tale, quanto sia falsa.

Prima di tutto avvertì, che in un libro che da cima a fondo non è che una teoría di rapporti, si dovea dare la definizione dei *rapporti*, come pure quella della *natura;* ma l'una e l'altra mancano interamente.

Dopo ciò, venendo all'esame della definizione della *legge* recata da Montesquieu, soggiunge: « Le leggi sono esse rapporti? I rapporti de- » rivano da quelle determinazioni e qualità, in virtù delle quali gli es- » seri sono quel che sono, o ci sembrano essere. In forza di tali deter- » minazioni gli esseri agiscono gli uni su gli altri, e per tale maniera » concorrono a produrre certi effetti. Noi denominiamo questi effetti » *leggi di natura*, e diciamo che queste leggi sono invariabili, perchè » esse hanno i loro fondamenti nell'essenza degli esseri, e che questa » essenza è immutabile. La struttura della calamita e quella del ferro » dipendono dalla natura e dalla disposizione dei loro elementi. Tale » struttura stabilisce fra la calamita ed il ferro un rapporto, in virtù » del quale la calamita attira il ferro: la legge non è questo rapporto, » ma bensì è l'*effetto* che risulta da questo rapporto, cioè l'*attrazione.* » L'autore pertanto sarebbe stato più esatto se avesse definito le *leggi* » i risultati o le conseguenze dei rapporti ch'esistono fra gli esseri. »

Dal fin quì detto abbiamo ciò che basta per far sentire quanto inesatta sia la definizione del Montesquieu.

§ 204. Non debbo però occultare quì un mio pensamento su la definizione di Bonnet: tanto più ch'egli contribuisce a chiarire vie più l'intelligenza della definizione della *legge*, che già vi dettai. Io concedo adunque a Bonnet che ogni legge sia un risultato dei rapporti della natura; ma ogni risultato di tali rapporti si potrà forse chiamar sempre co 'l nome di *legge?* Un pezzo di miniera, una conchiglia, un albero, un animale, un uomo, sono indubitatamente risultati dell'azione degli esseri che concorrono alla loro formazione ed al loro accrescimento; ma chi si avvisò mai di applicare a sì fatte cose il nome di *legge?* Si potrebbe dunque dire ch'è attributo d'ogni legge l'essere essa un risultato dei rapporti derivanti dalla natura degli esseri; ma non mai che le leggi altro non siano che i rapporti fondati su la natura delle cose.

§ 205. Io confesso che in molti fenomeni, non vedendo noi in una maniera staccata e anticipata l'ordine con cui deve nascere un effetto, ma vedendolo consolidato con l'effetto medesimo, nasce in noi l'abitudine di associare così l'idéa dell'effetto con quella della causa, che a quello attribuiamo il nome di questa; ma profondamente esaminando

le cose, ci avvediamo della confusione che pratichiamo con l'usare questa metonimia.

§ 206. Prova ne sia che, figurando noi la calamita fuori d'ogni azione del ferro, pure diciamo con tutta proprietà *essere legge di natura che la calamita attiri il ferro*, e viceversa. In questo caso in che si risolve il concetto di tale espressione? Egli si risolve nell'altra idéa, ch' esiste uno stato di cose, per cui la calamita dovrà attrarre od essere attratta dal ferro; e noi chiamiamo tale attrazione co 'l nome di *fenomeno*, come anche la designiamo co 'l nome di *legge*.

§ 207. A parlare però con tutta esattezza, allorchè affermiamo la esistenza di una legge nel mondo sì materiale che immateriale, affermiamo l'esistenza d'una certa costituzione di cose, in forza della quale *deve* nascere o non nascere un dato effetto, farsi o non farsi una data azione, esistere o non esistere un dato stato, ec.

L'idéa di tale costituzione di cose, accoppiata con l'idéa della detta necessità, costituisce propriamente l'idéa della legge in generale. È vero che quest' idéa si può estendere anche alla *maniera* di nascere dell'effetto, o dell'esecuzione dell'azione; ma questa estensione non è che un' *applicazione* della detta nozione generale, e nulla più [1].

---

§ 208. Eccomi, o Giovani egregi, a sciogliere la fede datavi ieri co 'l dar mano all'academico esercizio che vi proposi. Le successioni per causa di morte formano il primo soggetto, su 'l quale debbono versare i quesiti o i casi ch' io divisai di fornirvi periodicamente.

§ 209. Dalle lezioni udite da questa catedra, e dallo studio che dalla diligenza vostra lice presumere, io ben m' avviso che conosciate bastantemente le ordinazioni del Codice Napoleone, riguardanti la materia delle testamentarie ed intestate successioni.

Ma credete voi che ciò possa bastare ad oggetto di determinare quello ch' è di ragione nei varj casi sì semplici che composti, che praticamente possono avvenire?

§ 210. Se voi conoscerete la fonte dalla quale il diritto di disporre dei beni fra i posteri veramente emana; se voi possederete le regole

(1) Le successive modificazioni delle idée dell'Autore intorno alle cose discusse dal § 194. fin qui, sono da vedersi nel § 454. *Degli enti morali*, Vol. III. pag. 702. E si confrontino pure le varianti segnate in fine del detto Vol. III., su le tracce del manoscritto, di quella parte dei *Paratitli* che qui si omette, e d'onde, come più volte si disse, fu tratto lo scritto cui l'Autore intitolò *Degli enti morali*. (DG)

d'interpretazione e di diritto statuente che necessariamente derivano dall'indole e dai rapporti di codesto diritto; voi allora, a simiglianza dei matematici, terrete in poter vostro la formula direttrice, onde sciogliere i problemi giuridici che vi verranno proposti.

Mancate voi di questa prima formula? Allora a guisa di ciechi o andrete brancolando nel bujo; o, affidati a mal sicura ed infedele scorta, travierete dal retto cammino, con infinito danno del diritto altrui e del vostro onore.

Per la qual cosa io credo acconcio il porgervi in questo ragionamento alcune considerazioni fondamentali, al lume delle quali possiate formarvi un *primo criterio*, onde ragionare nella materia delle successioni per causa di morte.

§ 211. La prima questione che si presenta si è: se la facoltà di disporre fra i posteri dei diritti riguardanti i beni sia indotta dal diritto naturale, indipendentemente dall'autorità publica dello Stato civile, al pari del diritto di dominio, di libertà e di tutela della propria persona e dei proprj beni; talchè al Legislatore non competa altra autorità, che quella d'un potere puramente *direttivo*: o pure se una tale facoltà sia propriamente ed originariamente conferita dall'autorità publica della civile società. Restringiamo in più brevi termini la domanda: = La facoltà di disporre dei beni fra i posteri è dessa per il padrone di detti beni *nativa* o *dativa*? =

§ 212. Se si pone che sia *nativa*, al Legislatore altro veramente non rimane che un potere direttivo, qualunque sia la specie delle successioni su le quali egli statuisce.

§ 213. E per verità, cosa importa la facoltà *nativa* di disporre dei beni e d'ogni altro trasmissibile diritto fra i posteri? Essa importa che i principj stessi, i quali dirigono i diritti naturali di proprietà che si esercitano negli atti fra i vivi, dirigano pure gli atti fatti per causa di morte, venendo essi, in forza della loro origine, riguardati quali emanazioni naturali del diritto di dominio, come appunto opinarono Francesco Balduino, Grozio, Ubero, Leibnizio ancor giovine, Wolfio (1) ed alcuni altri; e prima di essi molti di quei canonisti e teologi che s'impadronirono delle dottrine spettanti alla naturale Giurisprudenza.

§ 214. Se dunque si finga che il padrone dei beni abbia disposto, il Legislatore dovrà solo aver cura di determinare le forme e le solennità dell'atto, fatto in modo che tutto tenda ad assicurare quale sia stata la

---

(1) *Institutiones juris naturae et gentium*, 921-924.

mente del padrone, la cui volontà serve di legge avvalorata dalla natura. E quand' anche piacesse accordare all' autorità publica qualche predominio riguardante la ragione dei beni, esso rimarrebbe sempre ristretto entro quei soli confini che limitano la di lei podestà negli atti fra i vivi.

§ 215. Se poi si finga che il proprietario non disponga, ma pure importi per il buon ordine dello Stato che il Legislatore fissi un corso determinato ai patrimonj vacanti per la morte del proprietario; in tal caso convien dire co 'l sig. Consigliere di Stato Trehillard (1): « Già » concepite, cittadini legislatori, quanto importi l' investirsi di tutte le » affezioni naturali e legitime quando s' instituisce un ordine di suc» cessioni: si dispone per tutti quelli che muojono senz' avere disposto; » la legge presume che la loro volontà sia stata appunto quella ch' essa » medesima manifesta. Essa dee dunque pronunciare come avrebbe pro» nunciato il defunto stesso all' ultimo istante della sua vita, se avesse » potuto o se avesse voluto spiegarsi. Con questo spirito dev' essere me» ditata una buona legge su tale materia. »

Con questo spirito (io soggiungo) ragionano appunto Grozio (2) e i pochi suoi seguaci. La loro sentenza sta espressa nelle seguenti parole del celebre Tomasio: *Successionem legitimam esse testamentum praesumtum: hoc est leges de successione ab intestato disponentes respicere primario voluntatem defuncti conjecturis quaesitam, adeoque supponere quasi testamenti factionem a jure naturae descendere* (3).

§ 216. In conseguenza di questa opinione convien dire ai Giureconsulti, ai Magistrati ed ai Giudici d' ogni genere: Voi, preposti per giudicare nel conflitto degl' interessi privati, siete abilitati dalla legge ad interpretarla, e siete obligati a decidere dov' essa è dubia o tace. È già noto e per oracolo di legge e per autorità di tutti gli antichi e moderni maestri di Giurisprudenza, che dove manca il lume positivo si deve supplire con la ragione naturale. Ma la ragione naturale insegna che la legge in materia di successioni altro non è che l' interprete della volontà presunta di un defunto. Voi dunque siete abilitati ad interpretare e ad applicare la legge delle intestate successioni con la scorta della volontà presuntiva; e però anche quando la sola legge dispone, vi armerete di tutte le sottili, versatili ed inviluppate teoríe che così faticosamente intralciano, trabalzano ed aggirano il cervello, per diciferare e torcere gli

(1) *Motivi della legge relativa alle successioni. Seduta del 19 Germinale, an. XI.* — (2) *De jure belli et pacis*, Lib. II. § 4. et seq. — (3) *Dissertatio de origine successionis testamentariae*, LXVI. § 13.

atti di pura volontà, quando la volontà dell' uomo si assume come norma di un atto *qualunque*.

Ecco il tenore e le conseguenze dell'opinione che stabilisce nei proprietarj viventi un diritto *nativo* di disporre dei loro beni e di tutte le ragioni che li riguardano fra la loro posterità. Io non ricorderò qui quanto danno e disordine abbia recato quest' opinione in molti paesi d' Europa, e quanti ancora gravissimi ne possa trar seco sì nelle cose publiche che nelle private d' ogni civile società. Ciò verrà meglio fatto in altro luogo.

§ 217. Passiamo ora ad esaminare cosa importa la facoltà *dativa* di disporre dei beni, e di ogni altro diritto trasmissibile fra i posteri.

Da principio ognuno di leggieri comprende che in tale ipotesi la facoltà di disporre in causa di morte è un diritto essenzialmente publico, del quale un possessore privato viene investito per un atto della suprema podestà dello Stato; ossia meglio per un diritto essenzialmente solidale di tutto il corpo sociale preso in complesso, come appunto opinarono Platone, i Giureconsulti romani riferiti nel Digesto, e dopo di loro Puffendorfio, Cristiano Tomasio, Coccejo, Giusto Heiningio Boemero, e i più celebri moderni publicisti e politici. Fra questi giova ricordare Mirabeau, che parla all' Assembléa nazionale per istabilire la legge su l'eredità; il Consigliere Portalis, il più celebre fra i compilatori del Codice Napoleone; e il tribuno Chabot, che dopo il Consigliere Trehillard fa il suo Rapporto al Tribunato. Il quale Rapporto formando parte dei motivi della legge attuale su le successioni, merita la nostra considerazione. Ecco le sue parole. « La trasmissione dei beni per successione non è dunque derivante dal diritto naturale, ma dal civile. » *Testamenti factio* (dice Papiniano nella legge 3. Digest. *Qui testamenta facere possunt*) *non privati, sed publici juris est.* — *Id est* » (come commenta Gottofredo) *jus testamenti faciendi tribuitur cuique jure publico et legibus, non privatorum voluntate.* » Il che non si potrebbe conciliare con l' opinione che ad ogni proprietario attribuisce tal facoltà per un diritto nativo.

§ 218. Posta questa massima, quali sono le conseguenze che ne derivano per ragionare in materia di successioni? — Se supponiamo che un proprietario disponga de' suoi beni e d' ogni altro diritto reale, noi non dobbiamo più riguardarlo come un padrone che per legge di natura comanda ai posteri; ma bensì come un membro particolare dello Stato investito d' un poter publico a lui delegato sotto quelle condizioni che alla cosa publica sono più giovevoli nell'esercitare questa specie di po-

tere. E intanto l'autorità publica commette a lui, più tosto che assumere in sè medesima o addossare ad altri, questa incumbenza, in quanto che tutte le considerazioni concorrono a dimostrare che l'adoperare altrimenti apporterebbe nelle relazioni *economiche*, *morali* e *politiche* disordini infinitamente più gravi di quelli che possono avvenire co 'l commettere, sotto certe leggi, la facoltà di disporre ai possessori stessi dei beni che passano alla posterità. Quì non m'è concesso di sviluppare questi motivi. Essi però sono tali, che dopo maturo esame sono costretto a conchiudere co 'l fu Consigliere Portalis, « ch' egli è con» veniente lasciare qualche cosa all' arbitrio del cittadino. Ma il potere » (proseguirò con lui) che il testatore tiene in virtù della legge, non è » forse il potere della legge medesima? » (1)

Quando adunque (io ripiglio) la legge lo investe di tal potere, non è veramente per servire alle mire del testatore, ma per servire meglio alla cosa publica; e in ciò appunto il Legislatore è tanto più saggio, quanto più fa concorrere le private affezioni co 'l publico interesse.

§ 219. Quindi la legge riguardante i testamenti diventa un vero mandato fatto dalla publica autorità, le clausole del quale sono obligatorie in tutta la più ampia loro estensione. Ecco le vedute del Legislatore.

§ 220. Passando ora ai Giudici, ne derivano le seguenti regole. Data una disposizione fatta per causa di morte, si dovrà tener sempre come principio direttivo d'interpretazione e di giudizio, che co 'l testamento, co 'l legato e con la donazione esercitando egli (*il testatore*) un publico ministero, gli atti o le espressioni sue, in caso di dubio, si dovranno più tosto intendere e ridurre alla regola ordinaria della legge riguardante le successioni intestate, che piegare in qualunque altro modo. La ragione è manifesta. Un procuratore o un delegato non ha nè può avere veramente altra autorità, che quella che gli viene trasmessa dal suo principale o delegante, nè altra norma che le intenzioni stesse abituali e spiegate del delegante medesimo. Lungi pertanto che nell' interpretare un testamento si debba, in caso di vero dubio, far prevalere la volontà presunta del testatore, dedotta dalle private e singolari affezioni; all' opposto si dovrà far prevalere l'intenzione ordinaria della publica autorità, non altrimenti che se il testatore non avesse parlato; talchè la presunzione del Giudice coincida con le vedute del publico interesse.

§ 221. Egli è vero che, in forza delle considerazioni che inducono il Legislatore ad affidare più tosto ai possessori stessi, che ad altri, la fa-

---

(1) *Discorso preliminare su 'l Progetto del Codice Napoleone.*

coltà di disporre, non ci possiamo sottrarre dal computare le affezioni dei testatori. Ma guardiamoci quì dal confondere due cose, le quali sebene sembrino identiche, tuttavía sono realmente fra loro diverse, e producono effetti di gran lunga pure diversi. E per verità, altro è ragionare su le affezioni comuni, notorie e costanti contemplate dalla legge; ed altro è scrutinare su le circostanze e relazioni personali e minute del testatore, su gli argomenti e gli appigli, per fondarvi sopra delle affezioni che talvolta possono essere biasimevoli, e quindi farne regole d'interpretazione e di diritto dispositivo dei beni e delle ragioni ereditarie. Se noi ci appoggiamo alle prime, ci appoggiamo sopra fondamenti costanti, notorj, e che recano seco l'approvazione della publica autorità. Quindi la volontà che ne vogliamo arguire è una volontà che, seguendo il corso ordinario della natura, non si oppone all'esito felice della legge. Di fatto i testatori viventi, non vedendo contrariate le loro più care affezioni, non rimangono rivoltati, e perciò non concepiscono un interesse contrario alla publica prosperità.

§ 222. Ma se ci faciamo lecito di scostarci dalla norma delle comuni affezioni, ch'è pur quella cui la legge ebbe in mira di far concorrere a' suoi disegni, noi introduciamo un arbitrio tutto privato e singolare, valevole a porre in pericolo ed anche a vulnerare la ragione movente del corso delle proprietà fra i defunti ed i viventi. Ad ogni modo pertanto deve sussistere la regola, che in caso di vero dubio intorno alla mente di un testatore si deve far valere nelle successioni testamentarie la regola delle successioni intestate.

§ 223. Ma nelle successioni intestate qual è, nell'ipotesi che la facoltà di disporre dell'eredità sia di ragione publica, la podestà del Legislatore nell'ordinare il corso delle proprietà fra le diverse generazioni delle società? Quali sono le regole che in conseguenza possono dirigere l'autorità giudiziaria, quando deve supplire con le topiche ordinarie o nell'interpretare o nell'applicare le leggi? La risposta a queste due domande si prevede già in forza delle cose fin quì discorse.

§ 224. E quanto al diritto del Legislatore, egli è, in forza della natura stessa della cosa, non solamente sciolto dall'obligo di far norma a sè stesso della volontà presunta del privato; ma per lo contrario egli agisce, come in qualunque altro ramo di publica ragione, con le vedute di Stato, consultando solamente quello ch'è più spediente a tutto il corpo sociale, a nome del quale e per l'interesse del quale egli statuisce: e però non avendo presente altra norma, che quella che torna meglio all'universalità dei cittadini ed alla maggiore prosperità dello

Stato preso nella sua totalità, concorre con le affezioni private solo dove e solo quanto esse possono servire di mezzo efficace ad ottenere il ben-essere comune. Se dunque fissa l'ordine delle successioni intestate, egli in ciò non dimentica la tanto preziosa difusione delle proprietà; se dà luogo agli ordini diversi di succedere, e si conforma in qualche modo all'energía decrescente delle affezioni domestiche, egli così agisce per eccitare da una parte in tutto lo Stato, o almeno per non iscoraggiare l'onorata economía e l'aumento delle ricchezze dei capi di famiglia con la speranza di lasciare comodità e lustro ai discendenti, i quali di nuovo difondendole, mantengono con tale alternativa l'attività e la prosperità dello Stato.

§ 225. Da ciò viene preparata la risposta alla seconda questione riguardante l'interpretazione e l'uso della legge. Posto che la legge delle successioni intestate è propriamente di ordine publico, essa diviene di stretta osservanza. Il Magistrato dunque non potrebbe tentare di aggiungervi o di levarvi nulla. E però sarebbe una vera temerità in un Giureconsulto, e un eccesso di potere in un Magistrato, il tentare di controvertere la natura degli oggetti ch'essa contiene, e dei diritti che attribuisce; di far progredire ad ulteriori mani le sostanze, quando havvi uno Stato ed una persona in cui riposano; d'introdurre, co 'l favore di private affezioni, vincoli o ritorni che la legge non istabilì; di dare alle eccezioni una latitudine ch'esse non hanno, a fronte della regola generale ch'esiste; di creare casi che la legge non figurò, e senza dei quali la legge può ottenere l'effetto delle regole generali, ch'è quanto dire aggiungere o levare realmente qualche cosa alle disposizioni espressamente stabilite.

Ecco le conseguenze di Ragione legale ed interpretativa, posta la massima che la facoltà di testare sia *dativa*, e non *nativa*.

§ 226. Tutto il fin quì detto riposa su due opposte supposizioni, senza che io abbia determinato ancora a quale ci dobbiamo attenere. Or dunque rimane a discutere tale controversia. Voi vedete, Uditori, che tostochè venga decisa in favore dell'uno o dell'altro partito, le rispettive conseguenze o acquistano valore o cadono da sè stesse, acquistando vigore o annullandosi il fondamento su 'l quale si appoggiano.

§ 227. È da notarsi preliminarmente, che gli autori i quali tengono il partito della facoltà *nativa* di testare, pongono per titolo fondamentale del dominio delle cose fra gli uomini il bisogno della conservazione; e, quel ch'è più, la comunione primitiva non solo di ragione, ma per alcun tempo anche di fatto. Questo punto è dunque fuori di con-

troversia. Esso è poi tanto più osservabile, quanto più è certo ch'egli è il principio stesso da cui gli autori dell'opposto partito movono le loro conseguenze. La controversia pertanto non può cadere su 'l principio, perchè è ammesso da ambe le parti, ma solamente su le conseguenze, e per ciò stesso può unicamente versare su 'l *modo* co 'l quale le parti traggono le rispettive conseguenze. È dunque necessario vedere come ambedue ragionino, per determinare dove stia la rettitudine o il vizio del raziocinio.

§ 228. Porgiamo il primo esempio per parte dei difensori dell'autorità dativa. Il dominio delle cose, dicono essi, e quindi il diritto a disporne, è interamente fondato su 'l bisogno della propria conservazione, e radicato nella persona del possessore. Ma con la morte cessando il titolo del diritto e la persona a cui compete, cessa per ciò stesso il diritto medesimo: dunque niun diritto esiste in verun uomo, onde disporre dopo morte d' una cosa qualunque.

§ 229. Si aggiunge a questo, che la generazione sopraveniente portando seco come innato il diritto della propria sussistenza, essa riconosce in sè medesima e dalla natura il titolo per impossessarsi dei mezzi della conservazione medesima: talchè, in caso di assoluta necessità, potrebbe, in forza della naturale ed ineluttabile eguaglianza di diritto, por mano ai possessi della generazione antecedente, con cui si trova mescolata. Dunque è manifesto che il possesso delle cose è così proprio ed ingenito alla generazione vivente, che ogni atto fatto per causa di morte diventa di natura sua frustraneo, a meno che la volontà della vivente società non lo sostenga per un atto dell'attuale sua volontà: il che fa sì che la forza degli atti fatti per causa di morte deriva totalmente da un'autorità estranea alla persona che dispose. Ecco dunque che naturalmente non esiste un' autorità nativa di disporre fra i posteri dei beni, ma ch' essa è puramente dativa. Sarebbe cosa curiosa, che un uomo il quale per autorità publica viene cacciato da una casa, ordinasse e pretendesse di obligare il nuovo padrone legitimo a fare qualche cosa; o pure che prevedendo di essere cacciato e totalmente spogliato di ogni pretesa ragione, ordinasse in quest'evento che dopo lo spoglio un tale suo amico ne vada a possedere una parte.

§ 230. Gli avversarj sentono assai bene l'assurdità della pretesa di un uomo che pretende comandare dopo morte; ma credono di evitarla dicendo con Grozio, che dopo morte non si fa veramente che consumare un atto fatto tra vivi, e fatto da un uomo che attualmente è fornito del diritto di disporre delle cose sue. Non può infatti per diritto di natura,

dic' egli, alienare le sue cose sì puramente che sotto condizione? e ciò non tanto irrevocabilmente, quanto rivocabilmente, e ritenuto fratanto il possesso e il pieno diritto di godimento? Ora l'alienazione in caso di morte prima di tal caso rivocabile, ritenuto fratanto il diritto di godere e possedere, è testamento: dunque il testamento al pari del contratto è di diritto naturale schietto e nativo, e non dativo.

§ 231. A quest'unica ragione di Grozio risponde Tomasio, che il caso figurato con le condizioni ivi apposte non è vera alienazione. L'alienazione importa di sua natura lo spogliarsi d'un proprio diritto, e trasportarlo in altri di modo, che per parte dell'acquirente si venga ad acquistare un diritto, e per parte dell'alienante si perda la facoltà di usarne come prima. Ora per ciò stesso che il preteso alienante può rivocare a piacere il suo atto, e possede e gode tuttavía della cosa alienata, non si contrae veramente, nè si pratica verun atto che abbia vigore. Dunque stando alla forza di tale pretesa alienazione, e volendola estimare con la regola delle obligazioni di Diritto naturale, è per sè nulla; e tale nullità vige fino al momento ch' essa è rivocabile, vale a dire fino al momento della morte. Ma dall'altra parte, dopo che l'uomo non è più fra' vivi, non può più nè fare nè aver diritto a far nulla: dunque per una pura illusione solamente si pretende rendere operativo dopo la morte un atto che legalmente non ha mai esistito.

Urgent alii (conchiuderò con le parole di Tomasio che confuta Ubero) *dictum Imperatoris = nihil tam naturale esse, quam ut voluntas domini rem suam in alium transferre volentis rata sit. = Quod uti aperte de alienatione a viventibus facta loquitur; ita ad quaestionem dubiam de alienatione testamentaria probandam non concinne adfertur.*

§ 232. Lascio le altre objezioni d' Ubero, che fondansi su 'l supposto che non passi differenza di circostanze fondamentali fra i contratti e le ultime volontà: facendo voi stessi giudici della controversia, io do il mio voto per gl' impugnatori della facoltà nativa, rispettivamente sostenitori della facoltà dativa di disporre in causa di morte; e però stanno tutti i cánoni di Giurisprudenza che derivano da questa massima.

Ora passo ai quesiti.

Quesito I.

§ 233. Muore Guglielmo figlio unico, lasciando superstiti solamente il proprio padre e la propria madre. Si fa l'inventario: la di lui eredità è valutata 20,000 lire. Fra questa v' è un effetto donatogli dal padre,

ch' era del valore *di lire* 4000, di cui mille furono consumate dal defunto: vi sono *pure* lire mille d'aggravj. A chi si deve deferire l'eredità? come si deve dividere? Il successore o i successori per qual titolo succedono *alle* cose ripartite? Quali sono i diritti e gli oblighi annessi?

Quesito II.

§ 234. Enrico lascia superstiti dopo di sè il padre e la madre, e Guglielmo unico figlio. Guglielmo premuore all'avo, che donò un effetto ad Enrico. Quest'effetto è tuttavia nell'eredità di Guglielmo.

Si ripetono le stesse domande del quesito antecedente.

Quesito III.

§ 235. Claudio ha adottato Germanico in figlio suo, e gli ha donato un podere. Claudio premuore a Germanico, lasciando però altri discendenti legitimi. Germanico, oltre al podere, raccoglie parte dell'eredità di Claudio. *Dopo poco tempo* Germanico muore senza prole, lasciando superstiti *i detti discendenti* legitimi dell'adottante, e lasciando, oltre i *detti beni*, altri beni proprj e dei fratelli nella famiglia sua naturale.

Si ripetono le stesse questioni del primo quesito.

Nota.

La soluzione dovrà essere succinta, senza preamboli, digressioni od osservazioni storiche. Dovrà essere corredata con la legge, e firmata dal rispondente.

---

§ 236. Più oggetti ho avuto in mira allorchè ho divisato di proporvi la soluzione dei casi, alla quale oggi diamo principio. Il primo fu quello di esercitare il vostro ingegno e la vostra diligenza in quelle materie delle quali udiste prima gl' insegnamenti, con la previdenza che di esse siate per rendere conto al fine de' vostri studj. Il secondo fu quello di prevenire fino dal principio ogni corruttela e storta opinione su l'applicazione delle nuove leggi civili. Noi siamo, egregi Uditori, in un momento di conflitto fra le vecchie abitudini e le instituzioni novelle. Ciò è nella natura stessa delle cose allorchè si eseguisce un passaggio da una ad un' altra legislazione, da uno ad un altro sistema.

§ 237. In fatto di salutari riforme di leggi e di dottrine l'abitudine è uno dei più gravi ostacoli che i Governi illuminati possano incontrare. L' Oratore del Governo, che al Corpo legislativo presentò la legge della

riunione delle varie leggi in un solo corpo sotto il nome di *Codice civile*, rammentando la salutare providenza, imaginata fin dal tempo di Luigi XIV., di dare alla Francia un Codice uniforme, si esprime co' i seguenti termini: « I Lamoignon e i d'Aguesseau si accinsero ad effet-» tuare sì grande idéa. Questa incontrò ostacoli insormontabili nella » publica opinione, che a ciò non era bastantemente preparata; nelle » rivalità dei poteri; nell' attaccamento dei popoli a consuetudini, la » conservazione delle quali era da essi riguardata come un privilegio; » nell'opposizione delle Corti sovrane, che sempre temevano di vede-» re diminuita la loro influenza; e nella *superstiziosa incredulità* dei » Giureconsulti circa l' utilità di ogni cangiamento che fosse contrario » a quanto essi avevano con gran fatica appreso o praticato per tutta la » loro vita. »

§ 238. Una forza superiore, quella cioè dei tempi, introduce una nuova Legislazione; ma credete voi che per questo le superstiziose e mal avvedute abitudini dei vecchi Giureconsulti siano vinte? Pur troppo l' esperienza ci mostra tutto l' opposto. Fu detto che l' abitudine è una seconda natura; ma in verità, se essa ne imita i pregi, ne imbeve pur troppo anche i difetti, e perciò si può dire anche di lei: *expellas furca, tamen usque recurret.*

§ 239. Ecco quello che appunto è avvenuto dopo la promulgazione del nuovo Codice civile. Se ai vecchi Giureconsulti non riesce di roveseiare il Codice Napoleone (su 'l che per altro alcuni di essi nudriscono grandi speranze, in quelle parti specialmente nelle quali è più d' ogni altro commendabile ed utile alla cosa publica ed alla sorte degli uomini; e fra questi si distinguono gli autori delle Pandette francesi), almeno tentano con tutte le loro forze e con una violenta contenzione di stiracchiarlo alle vecchie massime.

Una prova la incontriamo negli oggetti dei quesiti di cui oggi presentaste la soluzione.

Quindi avviene, che essendo essi i primi a presumersi capaci di publicar dottrine, perchè prima del Codice Napoleone si trovavano già al fatto di questo genere di studj, s' impossessano dello spirito dei più; corrompono, offuscano la vera Ragione civile; e ne rallentano, per quanto possono, i progressi.

240. Egli è adunque dovere dei precettori di andare incontro a tali sforzi, e di precludere il varco ai pessimi effetti che costoro producono. Io in particolare ho una ragione di più a convincermi di questa obligazione, dopo aver veduto che il sentimento di un Maleville e di

qualche altro ha sedotto e seduce ancora i meno profondi ed espertí nella scienza della Ragione civile.

§ 241. A questo passo ognuno di voi s' avvede che io alludo al Commentario da lui fatto all' articolo 747., al quale appunto si riferiscono i due primi quesiti. Su di che debbo primieramente osservare, che da alcuni è stato malamente inteso; imperocchè, se ben si rifletta, dopo essersi sfogato, con una critica del tutto gratuita ed inconveniente, contro il Consiglio di Stato e il Corpo legislativo, che aggiunsero quell'articolo, quasi fossero stati obligati a conformarsi alle vecchie consuetudini, egli a malincuore, ma però espressamente, confessa:

1.° Che il nuovo Codice esclude il diritto di retrocessione consacrato dalla legge ...... Cod. *De jure dotium*, e molto più l'estensione loro data da qualche Parlamento di Francia.

2.° Confessa essere stata abrogata la Giurisprudenza, in virtù della quale il vecchio diritto di retrocessione faceva che le cose donate ritornassero al donatore esenti da ogni peso e da ogni ipoteca; e quindi è costretto a dedurre, che l' effetto donato non ha nell' eredità alcun privilegio proprio, riducendosi così al punto di confessare che va soggetto in proporzione geometrica a tutti i carichi dell' eredità, come appunto deve avvenire postochè rimase liberissimo durante la vita del donatario.

§ 242. E benchè, acremente ligio alle vecchie costumanze, tenti di introdurre un vocabolo quanto per sè improprio, altretanto ripugnante alla disposizione formale da lui confessata, qual è l' antiquato nome di *retrocessione;* tuttavía egli stesso lo traduce, e lo fa sinonimo di *successione* (di *retrocessione*, dic' egli, o di *successione*).

§ 243. Io non so quindi come sia avvenuto che taluno siasi lasciato trarre a conchiudere che nel caso figurato nel primo quesito il bene donato deve andar esente dal debito delle lire 1000, e che un tal debito debba essere tutto scontato dal rimanente dell'asse di lire 17,000, e così la metà dal padre e la metà dalla madre del defunto.

Niuno dei trattatisti posteriori al nuovo Codice, per quanto io sapia, ha mai stabilita questa massima; non eccettuati gli autori stessi delle Pandette, malgrado ch'essi siano tanto zelanti per le vecchie massime. (Su tale argomento vedi il Tomo VI. alla pag. 272: *De ce que etc.*, e 273.)

§ 244. Dove più tosto tanto il Maleville, quanto gli autori delle Pandette, dubitativamente recano in mezzo una loro opinione, si è su la pretesa reversione dei beni donati nel caso espresso nel secondo quesito. Le ragioni di Maleville si riducono alle seguenti.

1.° L'articolo citato non esclude positivamente l'estensione che gli si vuol dare.

2.° Anzi pare che possa ammetterla, perchè rinova la disposizione delle consuetudini di Parigi e d'Orleans.

3.° Ad onta di tutto ciò, egli conchiude: = Nulla ostante devesi confessare che l'espressione *succedono*, rigorosamente presa, offre grande argomento di disputa a chi è contrario alla indicata interpretazione = (1).

§ 245. Prima di rispondere direttamente io credo opportuno premettere alcuni cánoni regolatori, che vi prego di ben ritenere. Essi sono fedelmente tradotti dal Titolo V. del Libro preliminare del Progetto del Codice civile, riguardato come testo opportuno d'istruzione. Eccone le parole, che io pongo come premesse:

I. Premessa. « Quando una legge è chiara, non è lecito eluderne la lettera sotto pretesto di penetrarne lo spirito. »

II. Premessa. « La presunzione del Giudice (e noi possiamo dire del Giureconsulto) non dev'essere posta in luogo della presunzione della legge: non è permesso distinguere quando la legge non distingue, e le eccezioni che non sono nella legge non debbono punto essere supplite. »

III. Premessa. « La distinzione delle leggi odiose dalle favorevoli, fatta con la mira di estenderne o di restringerne le disposizioni, è abusiva. »

Piaciavi osservare che codesti cánoni, tradotti dal citato Titolo, altro non sono che l'espressione di assiomi in tutti i tempi dimostrati e ricevuti in Giurisprudenza. A questi ne aggiungo un quarto, che dagli autori stessi delle Pandette vien posto fra le regole di Diritto; cioè:

IV. Premessa. « Nei casi dubj il più sicuro partito è quello di stare attaccato al testo della legge. Questa regola, ricevuta in tutti i tempi, è tratta dalle seguenti parole della legge 1. § 20. Dig. *De exercitoria actione*; cioè: *In re igitur dubia melius est verbis Edicti servire.* »

§ 246. Ciò premesso, ecco le conseguenze categoriche che ne derivano.

Primo. Il sig. Maleville confessa che la sua opinione per lo meno è dubia, a fronte della stringente locuzione del testo del Codice, che non contempla l'ulterior grado a cui esso sig. Maleville vorrebbe far passare il beneficio della reversione dei beni donati. Ma in forza del 4.° cánone, in caso di dubio, conviene stare attaccati al testo; e in forza del cánone 1.° non è lecito eludere la lettera d'una legge chiara, sotto pretesto di penetrarne lo spirito. Dunque in forza del 4.° cánone la sua opinione non può essere ammessa.

---

(1) Introduzione, Vol. V. pag. 91.

Secondo. Egli è certo che l'articolo del Codice, che concede la successione particolare all'ascendente donatore, quando il donatario muore senza figli, non esisteva nel Progetto del Codice, e fu aggiunto dopo all'ordine e alle regole generali delle successioni degli ascendenti, come un privilegio o un'eccezione parziale per una porzione dei beni dell'eredità; ma in forza del cánone 2.° non è permesso distinguere quando la legge non distingue, e le eccezioni che non sono nella legge non debbono essere supplite; e meno poi lice estenderle per indurre vincoli ulteriori, a fronte della regola generale. Dunque contro ogni ragione il sig. Maleville tenta d'introdurre la sua opinione.

Terzo. A nulla vale il dire che l'articolo del Codice rinova la consuetudine di Orleans. Io bramerei che ciò mi venisse dimostrato. Di fatti altro è imitare le parole di una consuetudine o di una legge, ed altro è rinovare o mantenere la consuetudine medesima, vale a dire rinovarne o mantenerne gli effetti.

Si possono ricopiare intiere disposizioni e forme di un'altra Legislazione senza che l'effetto sia il medesimo, anzi co 'l produrre un effetto opposto. Testimonio ne sia il Codice di Procedura penale, nel quale si ritengono, nel processo che dicevasi una volta *informativo*, quasi tutte le forme vecchie, senza che ciò produca l'effetto dell'antecedente Legislazione.

Il sig. Maleville sa benissimo che la natura intrinseca d'una legge non si desume dalle nude frasi con cui è concepita, ma dalla sua forza e dal suo vigore a produrre l'effetto; e tutto ciò viene determinato dal complesso di tutte le altre leggi, alle quali essa si trova unita. Ora poteva questo, come cento altri articoli di leggi sparsi nel Codice, essere imitato, come di fatti lo è, dalle vecchie costumanze, senza che realmente producano l'effetto ch'essi avevano nelle costumanze medesime.

L'illazione pertanto tratta dalla rassimiglianza della frase con le citate consuetudini è per sè stessa del tutto inconcludente per introdurre una disposizione veramente nuova, che farebbe progredire ad un ulterior grado una specie d'instituzione contro il silenzio decisivo della legge.

Questa ragione, come ognun vede, avrebbe tutta la sua forza anche nel caso che da una legge vigente in un paese si traesse qualche disposizione per farla valere in un altro. Ma noi siamo in una condizione ben diversa, e fatale per il sig. di Maleville. Il Codice avendo abolito ogni altra Legislazione, e niuna di esse potendo aver forza di legge, ha con ciò stesso precluso l'ádito a far valere la forza della Legislazione ante-

cedente; e però converrebbe che il Codice vi si fosse espressamente per autorità propria riportato, come appunto ha fatto nelle servitù prediali: ma nel caso nostro la legge non ha fatto parola, e però l'articolo citato si deve riguardare come nuovo.

§ 247. E quì appunto credo di far osservare, che se dovesse valere la prima ragione del sig. di Maleville, tratta dalla considerazione che la legge non vieta espressamente il progresso ulteriore della pretesa reversione, si potrebbero a piacere indurre vincoli ed estendere eccezioni, e formare un altro Codice pressochè nuovo, perchè moltissimi sono gli articoli nei quali il Codice dispone in una maniera puramente positiva, senz'aggiungere locuzioni proibitive o negative.

§ 248. Nel caso nostro però io oso affermare, che se il Codice con materiali parole non esclude la disposizione bramata dal sig. di Maleville, la esclude logicamente, postochè pose la regola generale dell'equa divisione fra le due linee ascendentali: il che importa una esclusione di qualunque eccezione che non sia indotta positivamente dalla legge.

§ 249. Con ciò abbiamo anche risposto agli autori delle Pandette, i quali ragionano sopra un supposto per lo meno gratuito, qual è quello che il diritto indotto dal Codice Napoleone sia un diritto di reversione identico a quello delle costumanze che, in forza dell'articolo ultimo del Codice, sono tutte abolite (il che essi affermano, ma non provano); e però ch'egli debba apportare una nuova e più estesa eccezione di quella che sta espressa nel testo del Codice medesimo, a fronte della legge espressa generale (vedi Tomo VI. pag. 267. § 138).

Più tosto trovo conveniente, a modo d'epilogo, di quì richiamare la sana dottrina dell'autore del *Trattato delle donazioni e successioni* (vedi Tomo II. pag. 409).

---

§ 250. Allorchè io intrapresi da questo luogo di soddisfare all'incarico addossatomi di erudire le menti vostre nei dettami della nuova Ragione civile; allorchè, compreso della maestà di quell'arte che regge il destino e le fortune dei cittadini, io tentai di trasfondere in voi quell'alta riverenza che sentir dovete per l'augusto ministero che v'incamminate ad esercitare; io vi parlai di doveri, di cure, di diligenza, di stimoli, e sopra tutto di officj e vostri e miei, quali ad una società di studio scambievolmente contratta si convenivano.

Oggi mi conviene seco voi parlare di congratulazione, di laude e di soddisfazione per quell'attiva diligenza e quella decorosa costumatezza con cui avete segnato questo periodo delle vostre letterarie fatiche.

§ 251. Ma nello stesso tempo mi rammento che io pure avea doveri verso di voi; e mi rammento pur anche quanto tali doveri fossero estesi, e qual magistero richiedessero, onde essere pienamente adempiuti. Lungi dunque ogni larva, lungi da me ogn'increscevole ritrosía d'un piccolo amore di me medesimo. Io, io stesso voglio essere interprete vostro presso di me. L'inviolabile verità reclama un giudizio imparziale su'l merito dell'istruzione che in questo periodo ho tentato di somministrarvi.

§ 252. Se dietro volgo lo sguardo, io m'avviso, dirò con Bacone, che la dottrina comunicatavi si debba assimigliare a quei suoni di preludio che ci tentano i sensi allorchè le corde acconciano alla modulazione. Essi riescono di per sè rotti, e non soavi; ma sono cagione che quelli che seguono da poi empiano l'anima di una sublime e grata melodía. Dal nuovo accordo d'una Giurisprudenza armonizzata dietro le vedute del sommo utile della civile società deve sorgere la piena soddisfazione; ed a questo accordo non si può giungere che mediante il preludio ch'io tentai di eseguire.

§ 253. Interrogando in silenzio l'oracolo del tempo, anzi consultando religiosamente i segnali del secolo, tutto mi parve annunziare i pronostici d'un nuovo periodo della Ragione civile.

§ 254. Ma gli auspicj non devono essere resi vani. Voi nati a speranza dell'Italia, voi destinati a compierla, dovete prestarvi al destino che alto vi chiama a serbare il privilegio dei padri nostri, che crearono, rinovarono e resero illustre la scienza delle cose civili. Ma come lusingarsi di riuscire in tanta impresa senza preparare le menti vostre al nuovo periodo? Forse il parto dei secoli non è l'opera graduata del destino? Era dunque mio dovere di gettare nella vostra mente i primi raggi della vicina luce; era mio dovere d'impiegare tanto più di cura a codesta preparazione, quanto più grande è lo sviluppamento che si deve compiere.

Così gl'iniziati con istruzioni precedenti si preparavano un tempo alle rivelazioni della sapienza; così nelle grandi festività religiose degli antichi gli adoratori si occupavano alcuni giorni prima nei riti e nei cantici, ond'essere disposti alla venuta del Nume.

§ 255. Molti di voi furono e saranno in questi giorni ammessi all'onore dell'iniziazione giuridica; ma piaciavi riflettere che questa iniziazione è precoce. Tal è la condizione di ogni passaggio ad un nuovo periodo, di rendere per un istante premature le operazioni che debbono servire da poi. I momenti del periodo che cessa si trovano a contatto co' i momenti di quello che incomincia, e la preparazione non si po-

trebbe fare se non che arrestando anticipatamente il corso ordinario delle funzioni del sistema cadente.

§ 256. *Iniziazione giuridica* io appellai il grado academico che chiude i vostri studj in questo santuario di dottrina. Tale sarà sempre il nome che a lui converrà in tutti i secoli. Quella sapienza che da Platone fu chiamata *consumatrice dell'uomo* dovrà essere sempre l'opera delle cure private di ognuno.

§ 257. Il régime dello Stato, misurando fino a qual segno deve prestare ajuto alla mente degli allievi della generazione attuale; fino a qual segno deve risparmiare il tempo della istruzione per non usurpare quello ch'è necessario alle funzioni sociali di ognuno; fino a qual segno si possano conciliare le cure verso la generazione attuale con quelle ch'essa deve prestare alla generazione che sopraviene; prende per sua norma l'economía della natura nel conservare tutte le famiglie dei viventi. Esso fissa la tutela dietro la necessità di provedere alla loro debolezza, e per quel solo tempo che si ricerca ond'essere capaci a provedersi da sè medesimi.

§ 258. Questa osservazione si estende ad ogni secolo, nel quale l'istruzione publica sia rettamente amministrata; e però ci convince che, compiuti gli studj publici, sarà sempre necessario ad ognuno proseguire e consumare quel corso ulteriore che all'officio da lui scelto sarà più confacente.

§ 259. Ora più da vicino guidando il mio discorso alla Giurisprudenza, e supponendovi anche forniti di sussidj bastevoli ad innoltrarvi da voi stessi nel cammino che ancora vi rimane a percorrere, mi rimarrà sempre, egregi Candidati, un ultimo officio da soddisfare verso di voi. Questo consiste nell'additarvi le grandi parti delle quali ancora vi dovete occupare, e le fonti dalle quali, in vista della nuova Legislazione, dovete attingere le vostre direzioni.

§ 260. Fu già avvertito da sommi uomini, che le grandi parti dello studio della Giurisprudenza si riducono precipuamente:

1.° Alla *Didattica*, che riguarda la istruzione elementare.

2.° Alla *Esegetica*, che versa su l'interpretativa.

3.° Alla *Polemica*, che versa su le controversie.

Quanto alla *Didattica* non occorre quì far parola, perchè essa spetta interamente agl'institutori, ed abbraccia propriamente il corso scolastico ch'io debbo supporre finito. Rimane dunque il corso che dopo i gradi academici della laurea resta a compiere, e che abbraccia la *Esegetica* e la *Polemica*.

§ 261. Lo scopo dell'Esegetica è l'interpretazione dei libri autentici. Di questa parlò anche il celebre Leibniz ancor giovine nel suo *Nova methodus docendae discendaeque Jurisprudentiae;* ma conviene confessare che questa parte si risente di tutta la fretta con la quale quell'operetta fu da lui compilata. Tuttavía profittandomi almeno in parte dei lumi suoi, e rettificando alquanto le cose ch'egli espone, si deve osservare in primo luogo che l'Esegetica si può riguardare come uno studio sopra un oggetto di puro fatto, perchè essa ha per oggetto di scoprire quale sia stato di fatto il senso del Legislatore.

§ 262. In secondo luogo è mestieri avvertire che la Giurisprudenza esegetica si può dividere in due specie; la prima delle quali si può denominare *razionale*, la seconda *letterale.* La razionale fu appellata *ex textu*, la letterale *ad textum.*

La razionale si occupa a determinare, con la scorta di varj testi che hanno fra loro connessione d'oggetti e di ragione, la mente del Legislatore, senza badare all'ordine materiale con cui stanno nel Codice. In essa non si tratta della corteccia delle parole, ma sì bene dell'intrinseca disposizione della legge, il cui senso si ha in mira o di sostenere, o di confutare.

§ 263. E quì conviene fare un'avvertenza importante; ed è, che quando si tratta di sostenere o di combattere il senso di una legge, non è lecito far concorrere o contrastare leggi d'una diversa categoría, ma bensì occorre far uso di quelle che sono della medesima categoría. Io mi spiego. Vi sono leggi generali, e ve ne sono delle speciali. La generalità e la specialità costituiscono categoríe differenti. Ma è noto che le leggi speciali prevalgono alle generali, come le distinzioni introdotte dalla legge prevalgono alla nuda generalità, che non fa distinzione alcuna. Il conflitto adunque non può esistere fra leggi di una categoría generale più sublime, e leggi di una categoría speciale meno sublime; ma solamente fra leggi della medesima categoría.

§ 264. Ma, oltre al testo della legge, vi sono altri sussidj, dei quali lo studioso si deve giovare nell'Esegetica; e questi sono: 1.° i motivi che accompagnano le leggi medesime; 2.° le decisioni dei Tribunali; 3.° le argomentazioni dei Trattatisti; 4.° le consultazioni per la verità degl'illustri Giureconsulti.

§ 265. Intorno ai motivi delle leggi conviene sempre aver presente l'avvertimento di Bacone da Verulamio, accennato da poi, sebene imperfettamente, dal principe Cambaceres nelle Conferenze del Consiglio di Stato, tenute intorno al Codice Napoleone. Questo avvertimento viene

da Bacone espresso, nell'Aforismo 70. del suo *Esempio di un Trattato della giustizia universale*, con le seguenti parole: « L'*intenzione* » e la *sentenza* della legge, quantunque talvolta venga non malamente » tratta dalle prefazioni e dai preamboli, tuttavía da questi non si deve » egualmente ricavare la latitudine e l'estensione della legge medesima; » imperocchè soventi volte il preambolo non trae che alcune ragioni del- » le più plausibili e speciose a maniera d'esempio, mentre la legge ne » abbraccia assai di più. Per lo contrario la legge restringe e límita pa- » recchie cose, della cui limitazione il preambolo non adduce ragione. » Per lo che la dimensione e la latitudine della legge si deve ripetere » dal corpo della legge medesima, perchè il preambolo soventi volte » cade o al di quà o al di là della stessa. »

§ 266. Ragionando ora del Codice Napoleone, noi ci dobbiamo rallegrare di avere su ciò lumi più abondanti che in ogni passata Legislazione; e però infinitamente preziosi sono i Processi verbali delle Conferenze del Consiglio di Stato, una traduzione delle quali ci fu fornita in Mantova dalla Società tipografica dell'Apollo.

Egualmente preziosi sono i motivi dei progetti di legge che furono portati dagli Oratori del Governo al Corpo legislativo, e dai Relatori del Tribunato sì al loro Corpo che al legislativo.

Per maggiore vantaggio e frutto di così fatti documenti offiziali dobbiamo augurare che il sig. Locrè prosegua la sua eccellente Opera dello *Spirito del Codice Napoleone*, in cui con somma coerenza, fedeltà ed esattezza egli tesse tutti i passi dei motivi in modo che ne risulta un tutto seguíto ed ordinato.

§ 267. Ma circa questi stessi motivi conviene sempre che il Giureconsulto abbia presente a propria cautela il seguente passo.

« Le esposizioni dei motivi sono epiloghi generali preziosissimi; ma » essi sono generali, e però sono insufficienti per le persone che non co- » noscono a fondo la discussione in essi riepilogata. Egli è impossibile » (diceva il console Cambaceres nella Seduta del 24. Brumaire, an. X.) » che gli Oratori del Governo non lascino nulla a desiderare; e fin an- » che la tema di estendersi soverchiamente deve far loro sopprimere » delle particolarità in un soggetto che invece abbisognerebbe di mag- » giori sviluppamenti. »

« Codesta riflessione (aggiunge Locrè) si applica egualmente ai Dis- » corsi pronunciati nel Tribunato e avanti il Corpo legislativo. Se il » progetto di legge non ha sofferto contradizione, codesti Discorsi non » sono che esposizioni di motivi. Essi conservano questo carattere anche

» quando la legge è stata combattuta, perchè furono concepiti in una
» certa maniera generale. Essi non si spiegano più particolarmente che
» su le *disposizioni* che furono controverse; ed ancora gli sviluppamenti
» non possono essere spinti tanto lungi, quanto in una conferenza fami-
» gliare » (pag. 12. 13).

§ 268. Dal fin quì detto voi scorgete, Giovani *ingegnosi*, che se è preziosa la fonte dei motivi delle leggi per rilevare la mente del Legislatore, altretanto importa d'impiegare la discrezione nel farne uso nell'Esegetica.

§ 269. Il secondo sussidio sono le decisioni dei Tribunali: su ciò conviene usare assai più di cautela, quando non si tratti di quello di Cassazione, per le ragioni allegate dal Cardinale de Luca nella sua Opera *Del Dottore vulgare e dello stile legale;* nè attribuire assai d'autorità ai Tribunali inferiori, specialmente se la interpretazione è particolare. Più grave è l'autorità della Corte di Cassazione, se si rifletta all'indole della sua costituzione, e alle facoltà attribuite alla medesima dal Legislatore e dal Governo.

Quanto alle sentenze e decisioni dei Tribunali di Francia, abbiamo le Collezioni di Bavoux e di Loiseau; e quanto alle decisioni della Corte di Cassazione pure di Francia, abbiamo la Raccolta di Sirey.

§ 270. Su i trattatisti e su i consulenti non mi rimane a dir nulla di nuovo; e però mi rimetto a quel grado di estimazione che la loro autorità ottenne presso i buoni e solidi Giureconsulti.

§ 271. Ora rimane solamente ad osservare, che essendo stato formalmente riconosciuto dai Legislatori essere il Diritto romano un ottimo ed autorevole supplemento, benchè privo di forza legislativa, esso formerà sempre parte dell'Esegetica. Dopo un maturo esame d'autori celebri di parecchie nazioni, io oso dire che non esiste Opera più classica, la quale dia anche più lume degli autori celebri, e racchiuda casi pratici, del Commentario di Voet su le Pandette. Quasi nulla mi resta ad aggiungere su la Polemica nell'epoca di una Giurisprudenza nascente. L'esperienza particolare v'istruirà co 'l progresso del tempo, e non rimarrete esitanti se sarete periti nell'Esegetica.

§ 272. Tempo verrà che voi vi avvedrete di quella gran verità che ora è manifesta a quei pochi saggi che d'un solo sguardo sanno misurare le Legislazioni e gli uomini; cioè che la sfera della nuova Legislazione è superiore alla sfera razionale dei Giureconsulti e dei nostri amministratori delle passate età; che più alto conviene spingere il passo, onde scoprire tutto l'orizonte delle nostre relazioni novelle, ed aprire e ap-

prezzare le preziose ed ampie miniere di equità e di bene comune, che stanno sotto le forme esterne del nuovo ordine politico e della nuova Legislazione.

§ 273. Il debile fianco d'una vecchiaja d'altronde rispettabile mal si presterebbe all'erto cammino non ancora battuto della nuova Giurisprudenza. L'occhio suo offuscato mal potrebbe discernere tutto l'orizonte cui d'un solo sguardo conviene abbracciare, onde afferrare i grandi rapporti di una filosofica Giurisprudenza. La rauca e fioca sua voce mal potrebbe far echeggiare le vòlte capaci dei Tribunali co 'l tuono animato d'una vivace e maestosa eloquenza.

L'abitudine, la prepotente abitudine, rinforzata da quei titoli che al genio popolare si adattano, e riscuotono i mobili applausi del vulgo, ratiene e raterrà per sempre la troppo matura età nel piano e battuto cammino; e susciterà sempre un conflitto, onde sgomentare quelle anime vigorose e grandi che tentano di adeguare le loro cognizioni e la loro stima ai benefizj del nuovo ordine di leggi.

Facile non è, io lo confesso; ma armatevi di coraggio e di fermezza, Candidati generosi. Pensate che non è nè buon cittadino, nè degno Italiano, se non colui che

. . . . negata tentat iter via;
Coetusque vulgares, et udam
Spernit humum, fugiente penna.
(Hor. Lib. III. Od. II.)

§ 274. La ricompensa vi attende su quella vetta, dove grandeggia il tempio della Virtù. Là stanno appese le corone della vostra gloria; là stanno i tesori preparati a ricompensare le vostre fatiche; là le sorgenti di quella vittoriosa e santa opinione, che penetrandosi dello spirito, e seguendo gl'impulsi d'un Governo forte e liberale, prepara la sorte e la gloria vostra e dell'Italia. Ecco gli augurj miei e il mio commiato.

MATERIE DI DIRITTO CIVILE

ESPOSTE

PER GLI ESAMI DI LAUREA NELL' UNIVERSITÀ DI PAVIA

L' ANNO MDCCCVIII (1).

I.

DELLA GIURISPRUDENZA CIVILE IN GENERALE.

Domanda preliminare.

§ 275. Quali sono gli oggetti principali che si debbono considerare nella Giurisprudenza civile contemplata in generale?

Risposta.

Quattro; e sono: 1.° la natura intrinseca e propria della Giurisprudenza, costituente la sua definizione; 2.° la cognizione e lo spirito della medesima in chi l'apprende e deve esercitarla; 3.° il fine generale e proprio a cui essa deve sempre tendere, e che deve regolare le sue operazioni; 4.° le scienze sussidiarie d'immediata necessità, onde possederla ed usarne convenientemente.

CAPO I.

Della natura della Giurisprudenza civile.

§ 276. Domanda 1.a Come viene definita la Giurisprudenza dalla comune degli espositori del Diritto romano e dagli autori delle Pandette francesi fatte al Codice Napoleone?

---

(1) Io fui lungamente dubioso se dovessi o no dar fuori con le stampe questo sunto delle dottrine insegnate dal nostro Autore dalla catedra di Pavía; e quasi m'era deciso a porlo dall'un de' lati. Se non che ripensandovi un poco, m'avvisai essere oggidì sì fattamente rari i buoni esempj, non foss' altro che del giusto metodo per insegnare con frutto il Diritto positivo, da tornare, non che utile, necessario il conservare gelosamente e far publici i modelli che i grandi uomini ce ne lasciarono. Il *Corso di Economía* di G. B.

Risposta. Con le parole della legge 10. Dig. *De legibus*, e co 'l principio delle Instituzioni di Giustiniano; cioè: *Divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.*

§ 277. D. 2.ª Cosa volle propriamente indicare Ulpiano con le recate parole?

R. Egli non volle propriamente definire quì la Giurisprudenza, ma solamente descrivere il complesso delle scienze e dei sussidj che a' suoi tempi e giusta la natura del Governo di Roma erano riputate necessarie, onde formare un perfetto Giureconsulto.

§ 278. D. 3.ª Esiste alcuna prova che confermi questa maniera d'intendere le parole di Ulpiano?

R. Due ne esistono. La prima è tratta da un vicino passo, in cui egli definisce la Giurisprudenza *ars aequi et boni.* Ulpiano era troppo di buon senso per dare a poca distanza due diverse definizioni della medesima cosa. La seconda è tratta da molti scrittori di cose romane, e scorre per molti secoli; ed è, che nel Giureconsulto si ricercava la scienza della religione dello Stato e delle cerimonie, come parte integrante della Giurisprudenza di quei tempi.

§ 279. D. 4.ª Co 'l chiamare la civile Giurisprudenza *arte dell'equo e del buono* si allega una definizione esatta e propria di lei?

R. No; perchè s'egli è vero che ogni definizione speciale, ond'essere perfetta, deve racchiudere il genere, la specie e la differenza ultima, questa definizione è imperfetta, poichè non accenna che i caratteri generici, dovendosi l'equo e il buono usare in tutte sorta di leggi, anche non riguardanti la Giurisprudenza civile.

§ 280. D. 5.ª Qual è dunque la definizione più acconcia della civile Giurisprudenza?

R. = L'arte di determinare, nei casi occorrenti nelle civili relazioni, ciò ch'è di ragione dietro i dettami delle leggi vigenti nelle civili società. =

§ 281. D. 6.ª Cosa intendete voi sotto la frase *determinare ciò ch'è di ragione?*

R. Due cose: la prima cioè definire la giustizia o l'ingiustizia di un dato fatto confrontandolo con le ordinazioni della legge; la seconda fissare quello che si deve fare o non fare praticamente in conseguenza dell'ordinazione, o speciale o generale, o espressa o presunta, della legge.

Say non rese inutile il suo *Catechismo;* nè quel bravo ingegno del Galluppi ha creduto opera perduta quella di raccôrre in forma di dialogo le dottrine della Filosofía teoretica, dopo averle sviluppate ne' suoi *Elementi.* (DG)

§ 282. D. 7.ª Perchè dite *nei casi occorrenti*, più tosto che usare un' altra frase generale?

R. Perchè officio del Giudice e del Giureconsulto pratico si è pronunziare in via di applicazione e di deduzione, più tosto che in via di teoría o di regolamento. Quest'ultima maniera è riserbata al Legislatore o al Governo, ed espressamente vietata ai Giudici dall'art. 5. del Codice.

§ 283. D. 8.ª Perchè nella definizione fu aggiunta la condizione di pronunciare *dietro i dettami delle leggi vigenti?*

R. Per la ragione già addotta nella risposta antecedente, avvegnachè senza di ciò il Giudice usurperebbe le funzioni e l'autorità del Legislatore; e il destino e la fortuna dei privati non sarebbero più diretti da una norma suprema, preconosciuta e comune, ma sarebbero abbandonati in balía di mille versatili e passionate decisioni particolari, e però non vi sarebbe più veramente nè libertà civile, nè vero governo civile.

§ 284. D. 9.ª Perchè finalmente furono aggiunte le parole *civili società?*

R. Per distinguere le società rette da un potere supremo comune, a differenza delle naturali società o di altre barbare aggregazioni, nelle quali siccome non vi ha una sovranità stabile ed una regolare amministrazione, così manca il soggetto per esercitare la civile Giurisprudenza.

CAPO II.

Della cognizione della Giurisprudenza civile.

§ 285. Domanda 10.ª Può e deve la legge contemplare tutti i casi che possono accadere nelle relazioni civili?

Risposta. No; anzi nè la Legislazione romana, nè quella del Codice Napoleone non pretendono di disporre su tutti i casi, ma solamente su quelli che per lo più sogliono accadere nel corso pratico degli affari.

§ 286. D. 11.ª Ma se la legge non dispone che sopra i casi più comunemente contingibili, come si potranno regolare gli altri o più rari, o che, sebene non rari, non furono contemplati dalla legge?

R. Con tre mezzi secondo le diverse contingenze; cioè: 1.° co 'l confrontare più leggi fra di loro, ed estrarne la regola generale che possa servire a decidere ciò ch' è di ragione nel dato caso; 2.° in mancanza poi di disposizioni formali, co 'l ricorrere ai principj legislativi più generali, che si può scoprire aver guidato il Legislatore a disporre su la data materia a cui il caso appartiene; 3.° in difetto finalmente di lumi positivi, co 'l ricorrere e far uso dei principj del Diritto politico na-

turale, che per ciò stesso deve animare ed armonizzare tutta la Ragione civile.

§ 287. D. 12.ª In che dunque deve consistere propriamente e precipuamente la scienza e l'arte della Giurisprudenza?

R. Nella cognizione e nella pratica dei principj di ragione, dei motivi e delle regole fondamentali delle cose civili, non disgiunta dalla notizia delle disposizioni positive; e però nel possesso e nell'uso di tutte quelle nozioni ch'eminentemente racchiudono la soluzione dei casi pratici di ogni genere.

CAPO III.

Delle scienze antecedenti necessarie alla Giurisprudenza civile.

§ 288. Domanda 13.ª Abbiamo veduto che cosa sia la Giurisprudenza civile, e in che precipuamente debba consistere la scienza e lo studio della medesima. Domando ora: questa scienza richiede essa presso di noi altre scienze sussidiarie, ond'essere appresa come conviene?

Risposta. Sì; e queste scienze sussidiarie altre sono *antecedenti* ed altre *concomitanti* a quella della civile Giurisprudenza.

§ 289. D. 14.ª Quali sono le scienze antecedenti più prossimamente necessarie a quella del Diritto civile?

R. Sono molte, ma principalmente riduconsi a due; vale a dire: 1.° alla scienza delle leggi di fatto e di ragione dello spirito umano; 2.° alla scienza delle leggi di fatto e di ragione delle azioni morali specialmente sociali.

§ 290. D. 15.ª Che cosa si comprende sotto la denominazione di *leggi di fatto e di ragione dello spirito umano?*

R. Sotto il nome di *leggi di fatto* si comprende la scienza delle funzioni dell'umano intendimento, come vengono naturalmente eseguite. Questa scienza fu appellata ora co'l nome di *Psicologia*, ora di *Filosofia razionale*, ora di *analisi delle idée*, ora malamente denominata *Metafisica;* ma essendo veramente un complesso di leggi della natura, riguardanti lo spirito umano, si può chiamare *scienza delle leggi naturali dello spirito umano.* Sotto il nome di *leggi di ragione* si denota la scienza delle stesse funzioni, come far si debbano per conseguire la cognizione del vero, che fu chiamata co' i varj nomi di *Logica*, *arte di pensare*, *di ragionare* ec., e che dir si potrebbe *scienza dei doveri intellettuali* o *dell'ordine di ragione intellettuale.*

§ 291. D. 16.ª Perchè in primo luogo la scienza delle leggi naturali

di fatto dello *spirito umano* è necessaria alla cognizione di quella del Diritto *civile* ed all'esercizio della Giurisprudenza?

R. *Per molti* titoli. Il principale si è, che nelle leggi civili e nelle dottrine che le riguardano interviene sempre la considerazione o espressa o tacita degli atti umani e dei caratteri che li costituiscono, come condizione indispensabile per la loro validità, e quindi per la loro forza obligatoria. Così la mente sana, il concorso libero della volontà, la piena cognizione dell'atto convenzionale, o anche semplicemente volontario, intervengono in tutti gli atti fra vivi e per causa di morte. Mancando qualche requisito dell'atto libero, l'atto praticato è vizioso o nullo. Così da una parte richiedendosi sempre la precognizione nella mente e la libertà nell'esecuzione, se s'incontri ignoranza di fatto, errore o violenza, o timor grave, e correlativamente o mala fede o dolo o colpa, la legge dispone diversamente, e diversi sono i risultati di diritto. Ma la teoria di tutte queste cose appartiene essenzialmente alla scienza delle leggi naturali dello spirito umano; e però per questo titolo essa è indispensabile alla scienza del Diritto civile.

§ 292. D. 17.ª Quali sono le grandi parti dell'arte logica dedotta dalle leggi di ragione intellettuali, ossia dall'ordine di ragione dello spirito umano?

R. Due: la prima è l'arte di verificare i fatti, che appellasi *critica;* la seconda è l'arte di analizzare, di combinare questi fatti, e di dedurne i risultati certi, o almeno più probabili; e si può appellare *raziocinativa.* La Logica pertanto si divide in *critica* e *raziocinativa.*

§ 293. D. 18.ª Perchè in primo luogo l'arte di verificare i fatti, e la scienza delle leggi su le quali quest'arte si fonda, è necessaria alla Giurisprudenza?

R. Perchè nell'esercizio della Giurisprudenza accadono questioni di fatto e questioni di diritto. Nelle questioni di fatto non può aver luogo che la verità estrinseca. Ora per determinare la certezza o la incertezza morale dei fatti, le prove o le presunzioni che ne derivano, il sentimento di persuasione o di probabilità in chi deve giudicare, è necessario conoscere sì i *cánoni della credibilità*, che la maniera di applicarli; il che costituisce le due parti integranti della *critica.* In breve, al Giureconsulto è necessaria la critica quanto è necessaria la cognizione dei principj delle prove giudiziali.

§ 294. D. 19.ª Che cosa intendete per *verità estrinseca?*

R. S'intende la conformità dei nostri giudizj con lo stato delle cose, quale ci può constare per mezzo delle prove esterne che ne possiamo

ottenere; a differenza della *verità di fatto intrinseca*, la quale consiste nella medesima conformità con lo stato reale delle cose, come può apparire intrinsecamente, ossia per prova sperimentale.

§ 295. D. 20.ª Per quale ragione in secondo luogo è necessaria alla Giurisprudenza l'altra parte di Logica che fu denominata *raziocinativa?*

R. Essa è necessaria per ben analizzare i fatti, per tessere paragoni tra il fatto e le sue importanti circostanze, e la disposizione della legge; e quindi per applicare la legge, ed usarne rettamente.

§ 296. D. 21.ª Fu detto alla Risposta 14.ª, che la seconda scienza antecedente necessaria alla Giurisprudenza è quella delle leggi di fatto e di ragione delle azioni morali. Che cosa intendete voi sotto questa denominazione?

R. Intendesi dinotare la scienza del Diritto naturale specialmente sociale, e più particolarmente quella parte che riguarda le relazioni civili.

§ 297. D. 22.ª Per quale ragione la scienza del Diritto naturale civile viene posta fra le scienze antecedenti necessarie alla Giurisprudenza?

R. Per la ragione già allegata alla Domanda 11.ª; cioè che la scienza del Diritto naturale civile, come forma lo spirito fondamentale che determina ed armonizza tutta la civile Giurisprudenza, così essa è necessaria tanto per ben intendere e far buon uso delle leggi positive scritte, quanto per supplire da per tutto dove le leggi positive mancano.

§ 298. D. 23.ª Qual è la massima generale che, secondo i principj del naturale Diritto, deve servire di guida nell'esercizio della Giurisprudenza civile?

R. Ottenere il fine delle leggi civili naturali.

§ 299. D. 24.ª Ma qual è questo fine?

R. Pareggiare fra i privati l'utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà.

§ 300. D. 25.ª Per qual ragione in primo luogo il *pareggiamento* delle utilità entra come circostanza perpetua ed anzi come fine della civile Giurisprudenza?

R. Perchè il *pareggiamento* è essenzialmente annesso alla giustizia fra più esseri i quali, sebene non siano sempre eguali in fatto, pure sono sempre eguali in diritto; e quando sono giustamente diseguali in fatto, lo sono giustamente perchè sono eguali in diritto.

§ 301. D. 26.ª Mi sapreste dare una regola nota, vulgare ed universale che corrisponda a questo principio?

R. Non fare agli altri quello che non vuoi sia fatto a te; fa agli altri quello che vuoi sia fatto a te stesso. Questa massima essenzial-

mente si fonda su l'eguaglianza di diritto, e non è che una traduzione pratica di codesta eguaglianza.

§ 302. D. 27.ª Perchè al pareggiamento delle utilità unite l'inviolato esercizio della comune libertà?

R. Perchè la comune libertà non potrebb'essere violata senza violar pure l'equità, ossia l'eguaglianza.

§ 303. D. 28.ª Cosa importa l'inviolato esercizio della comune libertà?

R. Importa due condizioni; l'una delle quali riguarda la sostanza stessa degli atti, l'altra le circostanze o le maniere ond'eseguirli. La prima consiste nella facoltà irrefragabile, ossia nel diritto competente ad ogni privato di non essere costretto dall'altro privato a fare o a non fare ciò che la legge lascia in piena facoltà dei cittadini; la seconda, che negli atti di ogni privato vengano osservati quei requisiti, ossia quelle maniere, onde verificare la piena imputazione morale e la *padronanza* della persona ch'eseguisce l'atto medesimo.

CAPO IV.

Delle scienze concomitanti della civile Giurisprudenza.

§ 304. Domanda 29.ª Alla Risposta 13.ª, oltre le scienze antecedenti necessarie alla Giurisprudenza, furono accennate scienze concomitanti, come egualmente necessarie. Quali sono queste scienze concomitanti?

Risposta. Restringendoci alle principali, e di una prossima necessità, si possono ridurre a due: la prima è la scienza della costituzione dello Stato; la seconda è la Polizía economica.

§ 305. D. 30.ª Per quale ragione la cognizione della costituzione dello Stato è necessaria alla scienza del Diritto civile?

R. Per più motivi; e così ad esempio: per conoscere a chi appartenga il potere legislativo, e sapere quando una data disposizione si possa e si debba accogliere o come legge, o come consuetudine approvata; per conoscere a chi appartenga il potere esecutivo, e dentro a quali confini possa essere esercitato, onde distinguere gli atti diversi o di puro regolamento, o fatti in via di decreto o per modo di rescritto, e dare ad ognuno il rispettivo valore; per conoscere come sia costituito, diviso e subordinato il potere giudiziario, ed armonizzato con le altre magistrature politiche e militari del regno, e ciò ad oggetto di determinare le diverse competenze o pure o miste, e separare le cause puramente civili private dalle cause che sono di publica amministrazione, o che in-

volgono oggetti di publica amministrazione; per determinare le azioni principali e le pregiudiziali, e sciogliere il nodo del concorso delle azioni medesime.

§ 306. D. 31.ª Sotto il nome di *Polizía economica* cosa si comprende?

R. Il complesso delle leggi e dei publici regolamenti, riguardanti gli oggetti di comune sussistenza, sicurezza, e delle rendite dello Stato in quanto si riferiscono ai privati.

§ 307. D. 32.ª Per qual ragione la Polizía economica è necessaria alla Giurisprudenza civile?

R. Perchè nella Polizía economica si tratta di molti oggetti che sono comuni alla civile Giurisprudenza; e così, per esempio, nei possessi stabili trattandosi di ciò che riguarda il contatto con le strade publiche, ponti, aque, delle servitù o dei diritti relativi; e rapporto alle case, di un certo genere di costruzione analogo alla publica sicurezza e polizía; come pure nei contratti d'ogni genere, dei diritti sì municipali che del Tesoro: tutte le quali cose essendo non solamente in un perfetto contatto, ma intervenendo come oggetti di particolari convenzioni e di atti civili, non se ne può prescindere nell'esercizio pratico della Giurisprudenza senza offendere l'interesse dei cittadini che trattano affari puramente civili.

II.

DELLA LEGGE IN GENERALE.

§ 308. Domanda 1.ª Qual è il carattere predominante, co 'l quale comunemente si è sempremai designata la legge nel suo concetto più generale?

Risposta. Il *predominio* di lei nelle cose del mondo fisico, morale e politico. Cicerone nel Libro III. *delle Leggi* considera la legge in generale come una specie d'impero, senza del quale nè casa, nè città, nè popolo, nè l'intiero genere umano, nè la natura tutta, nè l'universo medesimo si potrebbero conservare. Consimili idée le troviamo in Platone ed Aristotele. — Demostene, citato nel Digesto al Titolo *De legibus*, nella sua Orazione prima contro Aristogitone, dice che *la legge è quella a cui è forza che tutti obediscano.* — Crisippo, filosofo stoico, dice: *Lex est omnium divinarum et humanarum rerum regina.* — Plutarco, nel Trattato che porta il titolo *Quanto importi che un Principe sia sapiente*, chiama la legge *regina dei mortali e degl'immortali.* — In fine tutti gli scrittori e il vulgo stesso non accennano mai la legge

senza pure unirvi l'idéa d'impero in lei, e di obedienza negli esseri ai quali la legge presiede.

§ 309. D. 2.ª I caratteri di *regina*, d'*impero* attribuiti alla legge, l'effetto di necessità e di obedienza estese su tutto il mondo fisico, morale e politico, che cosa importano o suppongono?

R. Suppongono l'esistenza e l'azione di una forza superiore che *padroneggia* e fa servire altre forze ed altri esseri al proprio predominio; e però esprimendo più esattamente il concetto che sta sotto a questa supposizione, essa importa l'esistenza d'una cagione o di un potere inducente una *necessità* effettiva in uno o più agenti a fare o non fare una data cosa, ad agire o non agire in una determinata maniera.

§ 310. D. 3.ª Qualunque idéa di *necessità* si può essa applicare alla necessità che viene indotta dalla legge?

R. No, ma solamente quella specie di *necessità* che può cadere su l'esercizio di una forza qualunque. L'idéa astrattissima di *necessità*, presa nella massima sua estensione, denota qualunque stato di cose, il di cui opposto è impossibile. Ora per varj modi si può verificare della impossibilità, come per esempio si verifica nel principio di contradizione, o in altri oggetti o relazioni che non riguardano le cagioni e gli effetti; dovechè la necessità propria della legge si verifica solamente dove ha luogo l'idéa di cagione e di effetto, e però qualunque idéa di *necessità* non si può applicare a quella che viene indotta dalla legge.

§ 311. D. 4.ª Posto che effetto inseparabile di tutte le leggi si è l'indurre la necessità di azione negli esseri sottomessi alla legge, quali sono le cose e quali le condizioni che per ciò stesso si suppongono?

R. 1.° Si suppone l'esistenza di un potere superiore e predominante da una parte, e d'uno o più esseri inferiori e predominati dall'altra. — 2.° Si suppone inoltre che fra gli esseri, dai quali emana la legge e su i quali essa impera, passi un commercio ed una influenza tale, che ne debba nascere necessariamente l'effezione della legge medesima. — 3.° E per conseguenza si suppone che le qualità delle cose siano tali, e tale sia lo stato di connessione in cui si trovano, per cui si debba produrre codesta influenza predominante (1).

---

(1) Intorno a questo paragrafo e al precedente si veggano le Opere minori su 'l Diritto filosofico, §§ 453. 454. (Vol. III. pagina 701-702), che fanno parte dello scritto *su gli Enti morali*, e nei quali furono dall'Autore modificate essenzialmente le idée ch'egli aveva da prima esposte nello scritto che porta questo titolo, come ho avvertito nelle correzioni fatte in fine del Volume medesimo. Tutto questo Articolo su la legge in generale si deve confrontare co 'l Capo I. dell'Opuscolo suddetto. (DG)

§ 312. D. 5.ª Facendo astrazione dall'effetto che le qualità attive delle cose possono produrre, e ponendo mente soltanto al potere ch'esse contraggono essendo disposte d'una data maniera, come allora esse si possono chiamare?

R. Si possono chiamare co 'l nome di *rapporti attivi;* e quindi i *rapporti attivi*, considerati come qualche cosa di reale esistente in natura, si possono definire = le qualità stesse attive o semplici o complesse di due o più esseri, in quanto si trovano fra loro in uno scambievole commercio, ed agiscono e reagiscono gli uni su gli altri. =

§ 313. D. 6.ª Di quali relazioni principalmente è suscettibile il concetto più semplice ed universale della legge?

R. Di due. Con la prima l'idéa di *legge* si riferisce al soggetto predominante e regolatore; con la seconda si riferisce al soggetto predominato e regolato. Considerando la prima relazione, la legge si può riguardare come un'attivazione dei poteri delle cose, valevole a produrre certamente una data azione positiva o negativa, ossia valevole a produrre o ad impedire l'esercizio di una forza qualunque. Considerando poi la seconda relazione, la legge si può riguardare come un *atto* od un *effetto* o positivo o negativo, determinato e reso necessario dall'attivazione dei poteri delle cose. In tutti questi sensi la legge acquista il carattere di *risultato dei rapporti attivi delle cose.*

§ 314. D. 7.ª Quali sono i corollarj che derivano dai caratteri e dai rapporti considerati in tutte le leggi?

R. Il primo si è, che per ciò stesso che ad un dato fatto, considerato sotto un aspetto, voi attribuite il nome di *puro effetto;* e considerato sotto un altro, voi gli attribuite il nome di *legge;* si suppone che esista un'idéa separata, la quale per sè stessa, e senz'alcuna mescolanza, importi il puro e proprio concetto di *legge.* — Il secondo si è, che la formazione e l'atteggiamento, dirò così, della legge, ben lungi che importi un'alterazione di essenza o di potenza nelle cose, anzi esige che le une e le altre rimangano intiere, per disporle sotto certi rapporti valevoli a far nascere od impedire certi effetti; e però la posizione della legge esige, come condizione necessaria, che la *natura* propria delle cose rimanga *salva* ed *intiera.* — Il terzo, che gli esseri su i quali si eseguisce la legge non solo ritengano la loro natura propria, ma siano posti nelle date circostanze, e non in altre. Di fatto, cangiandosi i fondamenti dei rapporti si cangiano i rapporti stessi, e quindi i risultati. La legge pertanto non può essere più la medesima. — Il quarto, che l'azione e l'effetto siano riguardati come certamente contingibili, poste le date cir-

costanze. In fatti da questa contingenza risulta in chi è sottomesso alla legge la necessità di agire o non agire in una data maniera (1).

§ 315. *D.* 8.ª Come dunque si può rigorosamente definire la *legge* in quel senso che si può applicare a qualunque specie di leggi?

R. = Quell' attivazione dei poteri delle cose, dalla quale, salva la natura propria degli esseri e poste le date circostanze, viene sempre prodotta od impedita una determinata azione o un determinato effetto. =

§ 316. D. 9.ª Svolgete le parti di questa definizione, e datemi le ragioni di ognuna.

R. L' attivazione dei poteri delle cose, onde nasce la legge, altro non è che la posizione dei poteri medesimi in quello stato e in quei rapporti pe' i quali ne può derivare immediatamente un tal effetto più tosto che qualunque altro. È evidente che questa è così necessaria, com' è necessaria la cagione efficace e prossima onde produrre un dato effetto.

§ 317. *D.* 10.ª Datemi un esempio che illustri questa idéa.

R. La combustione di certi corpi, e così per esempio quella di un dato legno, viene chiamata *una legge di natura*. Legge di natura si è che un legno esposto e sottomesso per un dato tempo all'azione di una fiamma, arda e riducasi in cenere. Se bene addentro si consideri questo fenomeno, vi scopriamo non una sola legge, ma il concorso di più leggi. — Primieramente in fatto pratico è necessario che il legno sia di tale condizione da poter ardere ad una data fiamma; o viceversa che una data fiamma sia d'una tal forza da poter investire e decomporre la struttura di quel legno. — Questa prima condizione appartiene alle qualità naturali degli esseri fra i quali si deve verificare la legge; o, per parlare più esattamente, ciò riguarda la costituzione dei poteri dai quali deve nascere la legge. Ciò non basta ancora. In secondo luogo è *necessario* che il legno e la fiamma siano posti in tale vicinanza, e che vi rimangano per un dato tempo. — Il porre in una data vicinanza la fiamma e il legno, e il mantenerveli, costituisce propriamente l'*attivazione del potere della combustione*. Quest' attivazione è un risultato della qualità del legno e del fuoco, della loro collocazione in una data vicinanza, e della data permanenza in essa. Questo complesso di circostanze forma i rapporti attivi, d'onde risulta il fenomeno della combustione. Dunque l'attivazione dei poteri, d'onde nasce la legge, altro non è che

---

(1) Si confronti lo scritto citato nella precedente nota, § 451. nel Volume III. pagina 700. (DG)

la posizione dei poteri medesimi in quello stato e in quei rapporti pe' i quali ne può derivare un tal effetto più tosto che qualunque altro.

§ 318. D. 11.ª Perchè fu detto *salva la natura propria degli esseri?*

R. Perchè, ben lungi che importi un'alterazione di essenza o di potenza nelle cose, anzi esige che le une e le altre rimangano intiere, per disporle sotto certi rapporti valevoli a far nascere od impedire certi effetti; e però la posizione della legge esige come condizione necessaria che la *natura* propria delle cose rimanga salva ed intiera.

§ 319. D. 12.ª Perchè furono aggiunte le parole: *viene sempre prodotta od impedita una determinata azione o un determinato effetto?*

R. Per designare quel giudizio co 'l quale si suole attribuire il nome di *legge* a quei soli casi che o si prevedono certamente contingibili atteso il loro ritorno periodico, o dei quali si scorge la ragione, ad esclusione di quei fatti che vengono riguardati come strani, momentanei e particolari.

§ 320. D. 13.ª Come Montesquieu definisce la *legge?*

R. « Le leggi (dice Montesquieu, incominciando il suo libro *Dello » spirito delle leggi*), nella loro significazione più estesa, sono i rapporti » necessarj che derivano dalla natura delle cose; e in questo senso tutti » gli esseri hanno le loro leggi: la Divinità ha le sue leggi; il mondo » materiale ha le sue leggi; le Intelligenze superiori all'uomo hanno le » loro leggi; le bestie hanno le loro leggi; l'uomo ha le sue leggi. »

§ 321. D. 14.ª Che cosa si deve osservare su questa definizione?

R. (*In risposta a questa domanda nel manoscritto sono citate le osservazioni di Bonnet, che si leggono sopra*, § 203.)

§ 322. D. 15.ª Che cosa si deve osservare su la definizione di Bonnet?

R. (*Nel manoscritto sono richiamati gli antecedenti* §§ 204. *a* 207., *nei quali si legge la risposta a questa domanda.*)

§ 323. D. 16.ª Allorchè più leggi concorrono a produrre un determinato effetto, qual nome acquistano esse?

R. Il nome di *ordine legale.* L'ordine legale pertanto risulta propriamente da quella convergenza e da quel nesso di leggi, da cui viene prodotto un determinato effetto. Questa convergenza e questo nesso si possono determinare co 'l nome di *rapporti attivi;* e però l'ordine puro, fatta astrazione dall'entità reale delle cose che lo compongono, consiste nei rapporti suddetti. Ma l'ordine, considerato come legge reale e quale può esistere in natura, è il complesso di tutte le leggi che concorrono a produrre un determinato effetto.

§ 324. D. 17.ª D'onde l'ordine desume il suo carattere reale?

R. Dalla qualità dell'effetto comune, che denominasi *fine*.

§ 325. D. 18.ª Quali sono le qualità essenziali d'ogni ordine di leggi?

R. La necessità e l'immutabilità.

§ 326. D. 19.ª In quanti sensi si può verificare la necessità nell'ordine delle leggi?

R. In due sensi: l'uno di posizione ipotetica; l'altro di posizione reale. In senso ipotetico si verifica allorchè si considera che i fondamenti ed i rapporti della legge non debbano esistere realmente; ma solamente *nel caso ch'esistano*, ne dovrà nascere necessariamente l'effetto. Allora, ad evitare delle ambiguità, si deve dire che l'ordine è di ragione necessaria ed immutabile. Nell'altro senso si considera che l'ordine sia necessariamente effettuato; ed allora si verifica doppiamente la necessità, e si può dire di posizione necessaria, e di ragione pure necessaria ed immutabile.

§ 327. D. 20.ª Negli esseri che hanno per loro unico fine la propria felicità in che consisterà l'ordine legale?

R. Nel complesso dei mezzi valevoli a produrre il benessere; e però ne nascerà la necessità di fare o di non fare una data azione, di porsi o non porsi in un dato stato.

§ 328. D. 21.ª La necessità che può essere imposta per l'osservanza della legge da che deriva?

R. Dalla sanzione.

§ 329. D. 22.ª Quali sono i requisiti della sanzione?

R. 1.° Che il male minacciato sia precedentemente noto; 2.° che sia di un genere e di un grado valevole a superare nell'operatore l'interesse che può portare alla violazione della legge; 3.° che questo male sia naturalmente connesso, e veduto come certamente connesso, alla violazione; e però sia giudicato inevitabile, posta la violazione della legge (1).

---

(1) Questa risposta fu tratta dal § 569. degli *Enti morali*, Vol. III. pag. 755, il quale paragrafo corrispondeva al luogo citato nel manoscritto, in risposta a questa domanda. (DG)

III.

DELL' IMPUTAZIONE E DELLE SUE DIFFERENTI SPECIE.

§ 330. Domanda 1.ª Qual è la definizione dell'imputazione generale?

Risposta. La proposizione con la quale si attribuisce un dato fatto, con le rispettive sue conseguenze, ad una cagione determinata, dicesi *imputazione*.

§ 331. D. 2.ª Considerando in senso astratto la cagione o il soggetto che produsse quel dato fatto, qual nome riveste?

R. Dicesi *imputato* il soggetto al quale viene attribuito l'effetto avvenuto. L'etimología della parola *imputazione* è presa da una funzione comune che si usa in società, dalla maniera di fare i conti, per cui dicesi *mettere a carico di taluno una partita*.

§ 332. D. 3.ª L'imputazione nella Giurisprudenza civile a quali oggetti principalmente può servire?

R. L'imputazione nella Giurisprudenza civile serve a determinare chi si debba rendere responsabile di un'azione qualunque, come e fino a qual segno si possa rendere responsabile. Questo è conforme allo spirito della vecchia e della nuova Giurisprudenza; e spessissimo troviamo nella vecchia Giurisprudenza, e principalmente nelle formule dell' Editto di Adriano, l'espressioni: *quominus fecit; si per eum stetit, etc.* L'imputazione nella Giurisprudenza si verifica da tutti quegli effetti che dipendono dagli atti volontarj d'un uomo, in quanto possono produrre un bene o un danno relativo, vale a dire, ad un terzo. — L'idéa dell'imputazione predomina in tutto il campo della Giurisprudenza. — I Romani hanno dato di questa materia idée vaghe ed incerte, come ci dimostra Cristiano Tomasio. Ora diviene tanto più un oggetto di studio e di attenzione per il Giureconsulto, non avendo il nuovo Codice prescritto nulla su tale materia, lasciando che fosse trattata dalla publica istruzione, e perchè è officio generale della Giurisprudenza supplire dove le leggi mancano.

§ 333. D. 4.ª Sotto quali aspetti e sotto quali rapporti si può considerare l'imputazione?

R. Sotto due rapporti: 1.° rapporto all'effetto; 2.° rapporto alla causa.

§ 334. D. 5.ª Relativamente all'effetto, in quante maniere si può desumere l'idéa d'imputazione?

R. Si può prendere in parecchi aspetti: in generale si può prendere

in tutti que' sensi, nei quali la causa può concorrere diversamente a produrre un dato effetto.

§ 335. *D.* 6.ª Enumerate queste maniere diverse?

R. *Diverse* sono le principali maniere con le quali si può considerare l'*imputazione* riguardo all'effetto. O la causa è principale, o istrumentale: quindi avremo l'imputazione principale e la coimputazione; questa poi sarà di ragione o necessaria od accidentale.

§ 336. D. 7.ª Datemi la definizione della imputazione principale?

R. La proposizione con la quale si attribuisce un fatto ad un agente immediato, il quale si pensa che abbia agito secondo l'impulso spontaneo della sua natura.

§ 337. D. 8.ª Quando si verifica l'imputazione istrumentale?

R. Quando si pensa che l'agente immediato sia stato spinto e diretto all'opera da un altro agente estraneo.

§ 338. D. 9.ª Quando si verifica la coimputazione?

R. Quando più agenti concorrono a produrre il dato effetto.

§ 339. *D.* 10.ª Quando si verifica la coimputazione accidentale, e quando la necessaria?

R. La prima quando uno degli agenti sia per sè solo capace a produrre l'effetto; la seconda quando un agente solo a ciò non basti [1].

§ 340. D. 11.ª Dicemmo che il secondo aspetto, sotto il quale si può considerare l'imputazione, si riferisce alla natura dell'agente. Posto ciò, le principali specie che possiamo imaginare nel vasto orizonte in cui ci troviamo, e nella veduta generale delle cose, a quante specie generali si potrebbero ridurre?

R. A quattro, e più specialmente a tre; cioè *imputazione meccanica*, *imputazione sentimentale*, *imputazione morale;* la quarta sarebbe *imputazione mista.*

§ 341. D. 12.ª Quando si verifica l'imputazione mecanica, la sentimentale e la morale?

R. Dove la potenza attiva è puramente materiale e si esercita mecanicamente, l'imputazione dicesi *mecanica;* dove il principio attivo è sensibile, e produce l'effetto in forza della sensibilità, l'imputazione

---

(1) Queste quattro risposte e la seguente alla D. 12.ª furono compilate dietro il tenore dei §§ 500. a 503. dello scritto *su gli Enti morali* (Vol. III. pag. 723-724), ch'erano nudamente citati a lato delle domande. Di queste citazioni se ne trovano parecchie nel ms., e sempre si ebbe cura di sostituire o le proprie parole, o la sostanza del paragrafo indicato. Era per altro inutile accennare ogni volta questa circostanza, bastando quanto si è detto nell'Avvertimento premesso a queste Lezioni, pag. 31. (DG)

dicesi *sentimentale;* dove l'agente opera con precognizione, e in conseguenza di questa produce senza ostacolo l'effetto, l'imputazione dicesi *morale.*

§ 342. D. 13.ª Propriamente, siccome importa sapere i requisiti dell'imputazione morale, perchè si verifichi che cosa si ricerca nell'agente?

R. *Moralità*, ossia precognizione della natura e delle conseguenze dell'atto, e *libertà* nell'esecuzione. L'imputazione morale riposa sopra questi due elementi.

§ 343. D. 14.ª Ma gli effetti sono in natura tra loro connessi, e realmente, se si vuole andare scrutinando la catena delle cagioni, si può andare all'infinito. Ora l'imputazione ha quella latitudine che dà la filosofía agli atti?

R. No: la latitudine naturale dell'imputazione si restringe a quelle cagioni che, a senso nostro, sono immediate e all'effetto congiunte, ed altresì capaci a produrlo.

IV.

DELL'INTERESSE E DEL VALORE.

§ 344. Dom. 1.ª In quanti sensi può prendersi la parola *interesse?*

Risposta. In due: l'uno filosofico, l'altro legale. Nel primo con la parola *interesse* si esprime il *sentimento* eccitato dalla qualità utile o nociva della cosa, in quanto serve a movere la volontà; nel secondo si accenna l'*importare* di un'azione o d'una cosa, cioè i vantaggi o i danni che ne possono ridondare.

§ 345. D. 2.ª Esiste niuna legge, la quale giustifichi che all'*importare* d'un'azione venga annessa l'idéa sopr'allegata?

R. La legge 13. Dig. *Rem ratam haberi* dice: *In quantum mea interfuit, idest quantum mihi abest, quantumque lucrari potui.* È l'art. 1149. del Codice Napoleone.

§ 346. D. 3.ª Che differenza fate voi fra il *male* e il *danno?*

R. Il *male* si riferisce alle persone; il *danno* alle cose.

§ 347. D. 4.ª Che cosa intendete per *lucro* e per *bene?*

R. Il *lucro* è l'opposto del *danno*, e propriamente consiste nell'acquisto dei mezzi di utilità fisica. Il *bene* dal canto delle cose esterne è la capacità delle cose esterne a recare utilità, ossia a procurare un piacere, o allontanare un dolore. Associando poi questa capacità con l'idéa

dell'oggetto stesso, la cosa medesima si chiama un bene, e si definisce: qualunque cosa in quanto è per sè capace di recare utilità (1).

§ 348. *D.* 5.ª Qual è la denominazione che le cose acquistano allorchè le consideriamo capaci ad apportare bene o male, lucro o danno?

R. Acquistano la denominazione d'*importanti*.

§ 349. D. 6.ª Che cosa dunque viene compreso sotto l'idéa d'*importanza*, ch'equivale al *quanti interest?*

R. Vengono comprese quelle qualità e relazioni delle cose, le quali o in bene o in male influendo su la nostra situazione, movono la nostra attività a qualche azione positiva o negativa; vale a dire alla ricerca o alla fuga, alla pratica di un atto od alla omissione.

§ 350. D. 7.ª Ma quando riflettiamo che una data cosa è mezzo a procurare il bene o ad allontanare il male, con qual nome la chiamiamo noi?

R. Co 'l nome di *utile*. L'utilità pertanto sarà quel complesso di qualità e di rapporti, per cui una cosa qualunque può a noi procurare un bene, od allontanare un male.

§ 351. D. 8.ª L'utilità conosciuta e sentita dall'uomo qual sentimento eccita ella naturalmente?

R. Distinguo: o l'uomo è stimolato da un bisogno, e conosce che una data cosa è capace a soddisfarlo; o non sente tale bisogno, ma pur tuttavía prevede che la tal cosa può essere utile. Nel primo caso si sveglia il desiderio, ed al desiderio va congiunta anche l'estimazione della cosa; nel secondo si sveglia il sentimento dell'estimazione semplice senza il desiderio di possederla.

§ 352. D. 9.ª Può forse il solo bisogno rendere desiderabile una cosa, e quindi farla stimare?

R. No; ma si ricerca la cognizione della sua utilità, ossia della sua capacità a procurarci un bene, o ad allontanare un male.

§ 353. D. 10.ª Qual è dunque la vera definizione del *valore?*

R. L'utilità di una cosa in quanto viene accompagnata dalla stima degli uomini.

---

(1) Le risposte a queste quattro domande furono compilate su i §§ 534. a 536. dello scritto *su gli Enti morali* (Vol. III. p. 743), trovandosi nel manoscritto le sole citazioni corrispondenti. (DG)

V.

DEL POSSESSO.

§ 354. Dom. 1.ª Qual è la definizione nominale della voce *possesso?*

Risposta. Quel complesso di circostanze di fatto, in forza del quale una cosa viene tenuta da taluno come propria.

§ 355. D. 2.ª Qual è, dietro questa comune nozione, il primo requisito essenziale al possesso?

R. Che la cosa posseduta sia così soggetta al nostro predominio fisico, che nulla interrompa la connessione fra lei e noi.

§ 356. D. 3.ª Qual è il secondo requisito essenziale al possesso?

R. La podestà di far uso della cosa quando ci occorra.

§ 357. D. 4.ª Qual differenza passa fra la nuda idéa di *avere* e l'idéa propria di *possedere*?

R. *Avere* indica l'esistenza in un oggetto delle qualità a lui proprie; il *possesso* implica inoltre i requisiti suesposti.

§ 358. D. 5.ª Qual differenza v'è fra l'idéa di *suità* o di mera derivazione, e quella di *possedere*?

R. La *suità* esprime ciò ch'è proprio di una cosa; ma non tutto ciò ch'è proprio di un oggetto può dirsi da questo posseduto. Non si dice, per esempio, che l'albero possegga il frutto, quantunque il frutto sia proprio dell'albero.

§ 359. D. 6.ª Qual è la definizione reale del *possesso*?

R. La detenzione effettiva ossia fisica di una cosa qualunque, in modo da poterne far uso quando lo giudichiamo conveniente.

§ 360. D. 7.ª Come l'idéa di *uso* entra in quella di *possesso*?

R. Vi entra come indicante la *facoltà* libera di usare, non l'*atto* stesso dell'uso. Quella è essenziale al possesso, in guisa che se non posso far uso della cosa io non la posseggo; questo, cioè l'atto, non è essenziale al possesso, giacchè anche non usando l'oggetto io tuttavolta lo posseggo, purchè sia in mio potere l'adoperarlo (1).

---

(1) A questa idéa del *possesso*, che si rileva specialmente dal § 547. degli *Enti morali* (Vol. III. pag. 746), si potrebbe da taluno opporre, che un oggetto il quale per qualche suo difetto non può servire a verun uso, o all'uso cui per sua natura è destinato, pure si dice essere posseduto da chi lo ha presso di sè. Così direi di *possedere* un cavallo, quando l'ho nella mia stalla, quantunque non potessi adoperarlo, perchè troppo vecchio o ammalato. L'objezione per altro è tolta, se si rifletta che il *poter usare* indica la relazione

§ 361. D. 8.ª Qual è l'idéa del *possesso di puro fatto* del Diritto romano?

R. *Possessio appellata est (ut et Labeo ait) a sedibus, quasi positio: quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit* (Leg. 1. Dig. *De acquirenda vel amittenda possessione*).

§ 362. D. 9.ª La definizione del *possesso* del Diritto romano è ella esatta?

R. No, perchè racchiude il solo concetto della fisica detenzione, e non l'idéa principale, esprimente la facoltà di usare della cosa detenuta.

§ 363. D. 10.ª Qual è l'idéa del *possesso di puro fatto* del Codice Napoleone?

R. « Il possesso è la detenzione di una cosa che si trova in nostro » potere, o il godimento di un diritto ch'esercitiamo noi stessi, o per » mezzo di un altro che ritiene la cosa, o esercita il diritto in nome nostro » (art. 2228).

§ 364. D. 11.ª Che cosa accade di osservare su la detta definizione?

R. Due cose: 1.° ch'essa è inesatta; 2.° ch'essa è nociva (1).

§ 365. D. 12.ª Per qual motivo il possesso delle cose importa alla Giurisprudenza civile?

R. Perchè è mezzo necessario alla soddisfazione di ogni maniera dei bisogni umani; ed è propriamente l'effezione reale e l'esercizio del dominio delle cose, che forma l'oggetto predominante della Giurisprudenza civile.

§ 366. D. 13.ª Qual è l'oggetto materiale dei possessi?

R. Tutte le cose che in Diritto civile chiamansi co 'l nome di *beni*.

§ 367. D. 14.ª Qual è l'oggetto finale o legale dei possessi delle cose?

R. La soddisfazione d'ogni sorta di bisogni degli uomini viventi nelle civili società, e specialmente l'equabile difusione dei beni sopra il maggior numero dei cittadini.

§ 368. D. 15.ª Come dunque possono essere misurati e graduati i possessi in relazione al loro oggetto finale?

R. Dietro la misura e la scala dei bisogni degli uomini viventi nelle civili società.

---

di fatto esistente tra il possessore e l'oggetto, e non la qualità dell'oggetto stesso, nè un determinato uso di esso. Il cavallo ammalato non posso usarlo per trasportarmi da un luogo all'altro; posso però ucciderlo, e adoperarne il cuojo: ciò che non potrei fare se non lo avessi presso di me, cioè se non lo possedessi. (DG)

(1) Si veggano gli sviluppi importanti di questa semplice risposta nei §§ 549. 550. degli *Enti morali*, Vol. III. pag. 747. 748. (DG)

§ 369. D. 16.ª Quali sono i gradi assoluti più risaltanti di questa scala?

R. La più felice conservazione accoppiata al più rapido e completo perfezionamento dell'uman genere (1).

§ 370. D. 17.ª Quali sono i gradi comparativi?

R. Quelli che risultano dal paragone fra i diversi possessori; dal che risulta la eguaglianza e la diseguaglianza.

§ 371. D. 18.ª Qual è dunque in ultima analisi il primo ed essenziale elemento che concorre a costituire la ricchezza?

R. Il possesso di una tale quantità di cose godevoli, che sorpassi la misura necessaria a soddisfare sì i bisogni di prima necessità, che quelli di pura comodità.

§ 372. D. 19.ª Ma quando si voglia unire la ricchezza al risparmio, da qual punto si può incominciare a stabilirla?

R. Dal punto della soddisfazione dei bisogni sì naturali che sociali.

§ 373. D. 20.ª Qual è l'effetto che quindi può produrre la ricchezza nel possessore riguardo al commercio?

R. Egli può disporre di quello che sopravanza; e però la porzione disponibile dei possessi, ossia la parte che sopravanza dopo avere soddisfatto ai bisogni di vera necessità, si assume come un equivalente della ricchezza.

§ 374. D. 21.ª Quale giudizio pertanto si deve fare della proposizione dell'inglese Conte di Landerdale, inserita nella sua Opera uscita quest'anno (1808), intitolata *Ricerche su la natura e su l'origine della ricchezza publica, su i mezzi e su le cause che concorrono ad aumentarla*, nel Capo II., con cui pronuncia che la ricchezza consiste in tutto ciò che l'uomo brama come a lui utile ed aggradevole?

R. Si deve pronunciare che questa idéa altro non esprime che l'idéa dei *beni* che formano l'oggetto del dominio reale, e nulla più; non mai quella della ricchezza. Essa è vaga, e mancante per conseguenza di quei requisiti che possono definire la ricchezza, e pe' i quali essa può divenire criterio sì in Economía che in Giurisprudenza.

§ 375. D. 22.ª A che servono in Giurisprudenza le nozioni esatte di *mendicità*, *povertà*, *agiatezza*, *ricchezza* ed *opulenza*?

R. A molti oggetti particolarmente giudiziarj. Nel civile, per esempio, per la fissazione degli assegni alimentari e delle prestazioni.

---

(1) In luogo di questa risposta si trova citata nel manoscritto l'*Introduzione al Diritto publico*, pag. 77 della prima edizione, che io non ho mai potuto vedere. Nel supplire a questa lacuna ho seguíto le dottrine tante volte ripetute nelle Opere del nostro Autore,

VI.

DEL DIRITTO DI DISPORRE DELLE SUCCESSIONI EREDITARIE.

§ 376. Domanda 1.ª La facoltà di disporre dei beni fra i posteri è ella pe 'l padrone dei detti beni nativa o dativa?

Risposta. È dativa.

§ 377. D. 2.ª Co 'l nome di *dativa* cosa intendete voi di significare?

R. Ch' essa viene originariamente conferita ai privati dall' autorità publica della civile società.

§ 378. D. 3.ª Co 'l nome di *nativa* cosa intendete voi di significare?

R. Ch' essa viene originariamente indotta dal diritto naturale di proprietà competente ad ogni privato, indipendentemente dall' autorità publica dello Stato, al pari di ogni altro diritto naturale e personale all' uomo.

§ 379. D. 4.ª Come provate voi che la facoltà di disporre dei beni fra i posteri sia dativa?

R. Con le seguenti due ragioni; cioè: 1.° Il dominio delle cose, e quindi il diritto a disporne, è interamente fondato su 'l bisogno di usare dei beni per la propria conservazione. Ma con la morte cessa la vita, cessa il bisogno: dunque cessa il titolo fondamentale d' ogni diritto di dominio. Dunque in niun uomo esiste il diritto onde disporre pe 'l caso di morte, e per regolare dopo morte i beni ch' egli possede. — 2.° La generazione che sopraviene porta seco come innato il diritto della propria sussistenza, e quindi ha un innato diritto ai mezzi onde conservarsi. Ma inseparabile da questo diritto vi ha quello di disporre per commercio ed in ogni altra maniera delle cose secondo le varie urgenze. Dunque per ciò stesso, per diritto di natura necessario, essa esclude ed annulla ogni disposizione contraria che fosse piaciuto d' introdurre dalla generazione passata. Altrimenti si dovrebbe dire che un uomo ha un impero naturale su l' altro uomo; e, ciò ch' è peggio, un impero dopo morte, quando cessa con la morte il fondamento di tutti i diritti: il che osta al principio fondamentale della giustizia naturale fra uomo e uomo. — Ma se l' uomo che muore perde ogni diritto, e se il diritto su le cose appartiene alla generazione vivente; dunque le disposizioni in causa di

---

e specialmente i §§ 70. e seg. della *Introduzione* suddetta, e le *Istituzioni di civile Filosofia*, Parte I. Libro II. Capo I. § 1581. a 1590. (DG)

morte non possono aver vigore per autorità del morto, ma per volontà della vivente società, manifestata da' suoi rappresentanti, ossia dalla persona o morale o reale che amministra i suoi poteri publici.

§ 380. D. 5.ª In ultima analisi pertanto dove si fonda propriamente il diritto originario di disporre dei beni d'un defunto?

R. Nel dominio eminente della nuova generazione: dominio che risulta sì dal diritto di conservazione proprio ed ingenito ad ogni uomo, che dalla padronanza reale ed individua d'ogni società civile.

§ 381. D. 6.ª Come il diritto di conservazione d'ogni uomo vivente può influire nella disposizione dei beni fatta da un defunto?

R. Può influire assaissimo. Di fatto il diritto ai mezzi della conservazione, cioè ai beni, è così forte ed irrefragabile in ognuno, che in caso di vera ed assoluta necessità potrebbe far nascere un conflitto co' i vecchi possessori stessi, onde non perire; e ciò in forza del diritto di conservazione eguale in tutti, e che non può nè deve cedere ad alcuno quando da una incolpabile necessità venga posto a cimento.

§ 382. D. 7.ª Che cosa intendete voi co 'l nome di *padronanza reale* ed *individua* di ogni società civile?

R. Intendo notare il dominio che dicesi *eminente*, che compete a tutte le società in solido, ossia a tutta la società presa collettivamente e come persona morale, sopra tutto il territorio ch'essa occupa, e sopra i beni vacanti compresi nel suo territorio.

§ 383. D. 8.ª Questo dominio è dominio che importa proprietà publica separata da quella dei privati, o solamente importa un dominio direttivo e di protezione?

R. Importa solamente un dominio direttivo e di protezione pe 'l bene stesso dei privati e per la comune tranquillità, come fu notato anche nei Motivi del Progetto del Codice civile.

§ 384. D. 9.ª Perchè negate allo Stato, o in chi lo rappresenta, il diritto di singolare proprietà, e quindi quello di ereditare come i privati?

R. Perchè la società civile in astratto non esiste; non esistono che individui privati. Essa realmente non è che un aggregato d'uomini privati che hanno diritto a conservarsi. Presso di essi pertanto deve essenzialmente verificarsi il diritto di godere e quindi di possedere i beni; e non in un ente morale che non esiste, ovvero nella persona che ne amministra i diritti comuni e solidali, che diconsi *di maestà*.

§ 385. D. 10.ª Perchè chiamate voi i diritti di maestà co 'l nome di *diritti comuni e solidali*?

R. Perchè tali diritti risultano così dai rapporti complessivi di tutto

il corpo sociale, e riseggono in esso così, che a niun privato potrebbero appartenere; a simiglianza della figura di un quadrato, che appartiene così a *tutto il* complesso, che non potrebb'essere propria ad uno dei lati.

§ 386. D. 11.ª Perchè avendo negato il diritto di ereditare allo Stato, avete a lui attribuito il diritto di dirigere le successioni?

R. Perchè presso tutto il Corpo sta il diritto di destinare il possessore dei beni vacanti, per la ragione che tutti potendo concorrere, per ciò stesso non appartengono a preferenza ad alcun privato; e però sì per determinare la preferenza, che per evitare le discordie e le guerre intestine, è necessario che la potenza suprema dello Stato intervenga ed interponga la sua autorità.

§ 387. D. 12.ª Come dunque interviene il dominio eminente della società nelle successioni ereditarie sì testamentarie che intestate?

R. Interviene come diritto publico di tutto il corpo sociale, per destinare il possessore o i possessori dei beni lasciati vacanti dal defunto.

§ 388. D. 13.ª Come dunque si deve riguardare nel privato la facoltà di testare? e quale diritto esercita propriamente un uomo quando fa legitimo testamento?

R. La facoltà di testare si deve riguardare come una facoltà ossia meglio un potere ed una giurisdizione accordata dalla suprema autorità dello Stato al possessore attuale dei beni di disporre in sua vece fra i posteri dei beni medesimi. Quando poi un uomo fa testamento, egli esercita un potere publico a lui delegato, e propriamente una emanazione del diritto direttivo ed amministrativo, ossia del dominio eminente dell'autorità publica sociale.

§ 389. D. 14.ª Quali sono dunque le facoltà del sommo Imperante circa le successioni ereditarie?

R. Le facoltà del sommo imperante sono le facoltà che ha un libero e prudente amministratore su la cosa amministrata; e per conseguenza: 1.° egli ha diritto ed è in dovere di dare alle eredità quel corso che al bene comune degli amministrati più si conviene; e per conseguenza: 2.° allorchè affida un tale potere ai privati, di costituirli come procuratori suoi con quelle facoltà, condizioni e clausole che sono le più utili a tutto il corpo degli amministrati.

§ 390. D. 15.ª In conseguenza delle massime sopra fissate, quali sono i diritti e i doveri delle persone a cui viene confidato il potere di far testamento?

R. I diritti e i doveri dei testatori privati sono rigorosamente limitati dalla misura del potere che viene loro delegato dalla suprema auto-

rità, ed è diretto e modificato dalle condizioni e dalle forme prescritte dal delegante.

§ 391. D. 16.ª Come dunque si possono riguardare le leggi concernenti i testamenti?

R. Come vengono riguardate le condizioni e le clausole inserite in un mandato di procura facoltativo, o in un Atto di delegazione pure di esecuzione facoltativa.

§ 392. D. 17.ª Perchè le leggi concernenti i testamenti si rassimigliano ad un mandato di procura, o ad un Atto di delegazione d'esecuzione facoltativa?

R. Perchè propriamente la legge non obliga il privato a far testamento, ma solamente glie ne attribuisce il potere, perchè volendo ne possa usare con le condizioni di massima e con le forme prescritte. Viceversa poi quando il privato non dispone dei beni che rimarranno vacanti dopo la sua morte, il Legislatore ne dispone egli con leggi separate. Onde in ultima analisi il sommo Imperante dice ai cittadini: Ad ognuno di voi attribuisco il potere di disporre per Atto in causa di morte con le tali condizioni; quando voi tacete subentro io, e ne dispongo con forme stabili nel Codice civile.

§ 393. D. 18.ª Le leggi civili riguardanti i testamenti si possono giustamente denominare *leggi permissive*, e citare come esempio di leggi permissive?

R. No; anzi questo modo di riguardare le leggi circa i testamenti sarebbe totalmente improprio, erroneo, e involgerebbe un falso supposto per tutti i rapporti suoi, e in qualunque ipotesi che si volesse adottare circa il fondamento del diritto di testare.

§ 394. D. 19.ª Quali sono le ragioni di questa risposta?

R. La facoltà di testare non può essere che o *nativa* o *dativa*. Se si vuole *nativa*, tanto è lungi che la legge civile pratichi una concessione, che anzi co 'l prescrivere forme e apporre condizioni vincola la naturale padronanza del proprietario, il quale, altro non ostando in contrario, pratica un atto di proprietà, come in qualunque specie di atto fra vivi, riguardante i beni suoi. Il fondamentale diritto poi non si può riguardare come una permissione, ma come un diritto naturale originalmente competente al privato per titolo di naturale diritto; e però per ogni rapporto nel supposto della facoltà nativa sarebbe assurdo il concetto di permissione. — Sarebbe egualmente assurdo anche adottata la massima della facoltà *dativa;* e ciò tanto pe 'l titolo fondamentale, quanto per le condizioni e le forme di testare. — Pe 'l titolo fondamen-

tale, perchè una delegazione di potere d'esecuzione facoltativa non è nè legge, nè legge permissiva; ma è un trasporto, un mero deposito d'un diritto della suprema autorità in mano di un privato. Niuno ha mai sognato che la collazione formale d'un potere che uno non ha sia una legge permissiva, come la creazione di un Ministro con certe facoltà libere non è una legge. — Se poi si riguardano le condizioni e le forme di testare, esse essendo obligatorie ed inviolabili, non sono leggi permissive, ma per lo contrario sono in sè stesse coercitive e limitative d'una sfrenata facoltà. — D'altronde il concetto proprio di *legge* rende sempre assurda questa denominazione.

§ 395. D. 20.ª Perchè presso di noi la suprema autorità dello Stato stimò meglio affidare ai privati il diritto di disporre in certi casi d'una parte e in altri della totalità de' suoi beni a suo beneplacito, più tosto che far amministrare un tale diritto da funzionarj publici?

R. Perchè, tutto esaminato, torna più utile allo Stato intiero di confidare tale potere ai privati possessori, che farlo amministrare direttamente dai funzionarj publici. Le principali vedute si riferiscono all'ordine economico, morale e politico dello Stato: conviene animare l'industria e l'onorata economía fra i cittadini . . . . .

§ 396. D. 21.ª La tesi che la facoltà di testare sia *dativa*, ha essa patrocinatori autorevoli che possano prevalere e superare anche per autorità i sostenitori della facoltà *nativa?*

R. Sì; e questi si trovano: 1.° Fra i Greci, e così Platone. — 2.° Fra i Romani, e precisamente nella Legge 3. Dig. *Qui testamenta facere possunt*, tratta da Papiniano, in cui si dice: *Testamenti factio non privati, sed publici juris est.* Il qual passo viene illustrato vie più con le seguenti parole di Gottofredo: *Jus testamenti faciendi tribuitur cuique jure publico et legibus, non privatorum voluntate.* — 3.° Fra i sommi Publicisti del secolo XVII.; e così, per esempio, Puffendorf, Cristiano Tomasio, Coccejo, Giusto Heiningio Boemero, e più altri. — 4.° Finalmente gli autori del Progetto del Codice Napoleone, come si può vedere nel Discorso preliminare; il relatore Chabot del Tribunato nel riferire e far approvare la legge delle successioni nel Codice Napoleone con le memorabili parole: « La trasmissione dei beni per succes- » sione non è dunque derivante dal Diritto naturale, ma dal civile. »

§ 397. D. 22.ª Chi furono i primi sostenitori della facoltà *nativa* di testare prima di Balduino e di Grozio?

R. I Canonisti dei tempi anteriori, di alcuni dei quali fa cenno Grozio medesimo.

§ 398. D. 23.ª Ma finalmente i patrocinatori della facoltà *nativa* di testare pretendono veramente che un uomo abbia un naturale diritto di comandare dopo morte, così che tal diritto nasca perchè così piaque a lui di manifestarlo?

R. No; perchè essendo spinti a produrre il titolo fondamentale del diritto di dominio reale, e confessando ch' esso risulta da quello della propria conservazione, anzi riconoscendo altro non essere che lo stesso diritto di conservazione, sentirono l'assurdo troppo manifesto di far sorgere un diritto dopo che la persona ed il titolo non esistono più. Essi invece ricorsero ad un altro argomento, e pretesero che il testamento fatto da un vivo attribuisca un diritto reale come qualunque contratto ed alienazione, e che al tempo della morte altro non avvenga che la di lui consummazione.

§ 399. D. 24.ª Come provano essi questo assunto?

R. Co 'l seguente argomento: qualunque padrone di una cosa la può per diritto di naturale dominio alienare sì puramente, che sotto condizione; e ciò non tanto irrevocabilmente, quanto rivocabilmente, ritenuto fratanto il possesso e il pieno godimento. Ora l' alienazione in caso di morte, e rivocabile prima della morte, ritenuto fratanto il godimento e il possesso, è un testamento. Dunque il testamento, al pari di qualunque altro Atto di alienazione, è di puro diritto naturale nativo, e non dativo.

§ 400. D. 25.ª In qual guisa si risponde a quest' unica ragione fondamentale?

R. Si risponde con Cristiano Tomasio, che il caso figurato nell'argomento avversario non è vera alienazione, perchè l' alienazione importa di sua natura lo spogliarsi di un proprio diritto, e trasportarlo in un altro, in modo che per parte dell'acquirente si venga ad accettarlo, e per parte dell'alienante si perda la facoltà di usarne. Ora per ciò stesso che il preteso alienante può rivocare a piacere il suo Atto, e per sopra più possede e gode tuttavía della cosa alienata, non perde nulla, e l' acquirente non acquista nulla. Dunque contemplando tutte le condizioni di tale pretesa alienazione, e volendola valutare con le regole delle obligazioni di Diritto naturale, essa è per sè nulla finchè è rivocabile. Ma essa è rivocabile fino al momento della morte, e fratanto non produce niun effetto di diritto. Dunque è nulla fino al momento della morte; dunque per una semplice illusione solamente si pretende rendere operativo dopo morte un Atto che legalmente non ebbe prima vigore alcuno.

§ 401. D. 26.ª Ma Ubero insiste co 'l testo del Diritto romano, che niuna cosa è più naturale, quanto quella, che la volontà di un padrone

che vuole trasportare in altri la cosa propria, si tenga come valida e ferma. Che cosa si risponde a ciò?

R. *Si risponde* con l'osservare tre cose; cioè: 1.° che il testo recato parla *degli* Atti fra vivi, e non di ultima volontà, e però non conchiude; 2.° che in ogni caso con l'usare del testo citato si suppone deciso ciò ch'è in questione, vale a dire che il testamento sia una vera alienazione e racchiuda le condizioni di una vera alienazione, il che si nega, ed anzi è provato falso; 3.° che la questione della facoltà di testare non è nè può essere mai questione da decidersi con l'autorità o co 'l Diritto positivo, ma co' i principj di Diritto naturale politico.

§ 402. D. 27.ª Che cosa rimane ad osservare nelle ragioni di Ubero?

R. È da osservarsi che tutti i suoi argomenti non sono che induzioni ch' egli trae dai contratti alle ultime volontà, e tutti si appoggiano al supposto che vi sia identità di ragione. Ma questo supposto essendo falso, come si è dimostrato, le conseguenze che si fondano su d'esso cadono da sè stesse, come prive di fondamento.

VII.

DELLE REGOLE D'INTERPRETAZIONE DELLE SUCCESSIONI INTESTATE.

§ 403. Domanda 1.ª Cosa intendete voi co 'l nome di *successioni intestate?*

Risposta. Intendo significare l'ordine delle successioni ereditarie, stabilito per autorità delle leggi in difetto della volontà speciale dei defunti, subordinata però sempre alle condizioni ed alle forme imposte dalla legge.

§ 404. D. 2.ª Perchè nella definizione si sono aggiunte le ultime parole riguardanti le ultime volontà dei testatori, ponendo come condizione ch' esse siano sempre subordinate alle limitazioni ed alle forme imposte dalla legge?

R. Per denotare che la successione legitima ed intestata non solamente ha luogo quando manca la disposizione dell'uomo materialmente, ma anche quando tale disposizione è nulla. Ora essa può essere nulla o perchè le massime dell'ultima volontà sono contrarie alla legge, o perchè le solennità non furono osservate; vale a dire, può essere nulla o per violazione delle forme *intrinseche* o *estrinseche* stabilite dalla legge. Dunque sì nell'uno che nell'altro caso ha luogo la successione dalla sola legge.

§ 405. D. 3.ª Quanti sensi si possono dunque associare alla denominazione di *successione intestata?*

R. Vi si possono annettere due sensi: il primo semplice ed assoluto; il secondo composto e relativo.

§ 406. D. 4.ª Qual è il senso semplice ed assoluto della successione intestata?

R. Il semplice ed assoluto è quello in cui si considera che per solo ministero della legge presso di un popolo viene ordinato il corso delle eredità, fatta astrazione se presso di quel popolo esista o no la facoltà di disporre anche per testamento.

§ 407. D. 5.ª Quando si fa uso del senso semplice ed assoluto, come si debbono allora denominare le successioni intestate?

R. Volendo parlare esattamente, si debbono denominare co 'l nome di *successioni legitime*, ossia determinate dalla legge, onde dinotare che si prescinde dall' indicare se presso di quel popolo esista o no la pratica o il diritto di fare testamento.

§ 408. D. 6.ª Quando si verifica il senso composto o derivativo?

R. Allorchè pensando che presso di un dato popolo la legge si astiene dallo statuire quando i privati dispongono dell' eredità, e viceversa quando la legge statuisce, ciò essa pratica perchè i privati non disposero, si vuole esprimere il concetto relativo e composto che tutte queste idée presentano alla mente.

§ 409. D. 7.ª Qual è la denominazione che in questo caso conviene all'ordine di sì fatte successioni?

R. Conviene la denominazione di *successione intestata*, ch' è quanto dire quel modo di succedere che nasce *in difetto* di un atto d' ultima volontà del defunto padrone dell'eredità.

§ 410. D. 8.ª Gli aggettivi *legitime* e *intestate* si possono dunque sempre promiscuamente usare con proprietà parlando delle successioni?

R. Presso di noi sì, ma in generale no; perchè in generale la successione *intestata* è sempre anche legitima; ma la successione legitima non è sempre anche intestata. Di fatto presso que' popoli, e in que' tempi ne' quali la fazione del testamento non fu o non è concessa nè praticata, e però le eredità si deferivano o si deferiscono sempre per autorità sola della legge, lungi che si possa pensare che la successione legitima abbia luogo solamente in difetto della testamentaria, si deve anzi escludere una tale supposizione, e però non si può propriamente far uso di locuzione alcuna che possa alludere o all' esistenza della facoltà di testare, o alla massima che la successione legitima sia solamente sus-

sidiaria di *quella di* far testamento. La denominazione pertanto relativa ed allusiva di *successione intestata* sarebbe impropria. Presso di noi però, come presso i Romani, e in tutti que' paesi nei quali il Diritto romano in materia di successioni fu in vigore, l'una e l'altra denominazione si può usare promiscuamente senza improprietà.

§ 411. D. 9.ª La distinzione di *legitimo* e d'*intestato* può essa giovare nella interpretazione pratica delle leggi comprese nel Codice Napoleone?

R. Può talvolta giovare, perchè certi interpreti, in difetto di sussidj diretti, volendosi giovare delle Ordinanze francesi, riguardanti anche paesi che non erano retti dal Diritto scritto, ossia dal Diritto romano, ma dal puro Diritto consuetudinario, dal quale anche furono materialmente desunte alcune frasi del Codice Napoleone; ed essendo osservabile che in alcuni paesi di Diritto consuetudinario non erano praticate le successioni testamentarie; importa assaissimo, per ben ragionare, conoscere la forza dell'una e dell'altra maniera, per trarne le più esatte conseguenze di Diritto. Di fatto, cangiandosi i rapporti fondamentali della Legislazione, e quindi anche il sistema degl'interessi, si cangiano pur anche le regole di una sana interpretazione. In Giurisprudenza sarebbe viziosa quella maniera di argomentare, con la quale la disposizione di una legge, dedotta da certi rapporti particolari, si volesse trasportare ad uno stato di cose, in cui si verificano rapporti diversi. La natura delle cose è tale, che niun ramo di Legislazione può mai essere considerato isolato, perchè gli effetti non sono nè possono essere isolati. Se voi stabilite un ordine di successioni, in cui la legge facia tutto, e l'uomo non possa far nulla, sarà necessario che certe leggi suppliscano e provedano in molti casi, nei quali l'uomo avrebbe potuto fare qualche cosa a prò comune. Per lo contrario se lasciate al corso ordinario delle affezioni umane il supplire, la legge non si occuperà che a porre certi confini, e nulla più. In breve, noi siamo nel caso, che non esistendo fra questi due sistemi identità di motivi per istatuire, non può nè meno esistere identità di ragione per interpretare e per ragionare. Premesse queste generali osservazioni, e restringendoci all'attuale Legislazione, in cui viene attribuita a tutti i privati la facoltà di testare, domando:

§ 412. D. 10.ª Quali sono quei diritti che dobbiamo supporre nel Legislatore circa l'ordinare le successioni intestate, i quali ci possono servire di lume nell'interpretare le leggi relative?

R. Noi dobbiamo porre come principio: 1.º Che il Legislatore sia sciolto dall'obligo di fare norma a sè stesso della volontà presunta dei

privati, e dobbiamo rigettare come pessima quella massima, che il Legislatore si debba fare indovino e servo delle intenzioni presunte di un defunto. — 2.° E per conseguenza dobbiamo supporre che il Legislatore nell'ordinare le successioni intestate agisca come in qualunque altro ramo di ragione publica; cioè con le vedute di Stato, e consultando solamente quello che torna meglio a tutto il corpo sociale, a nome del quale e per l'interesse del quale egli statuisce. — 3.° E siccome sì alla prosperità dello Stato preso in complesso, che al maggior utile del maggior numero dei cittadini, importa che il corso delle proprietà sia libero, e per quanto si può equabilmente ripartito; così si deve supporre che l'ordine delle successioni intestate, quando altrimenti la legge non disponga espressamente, sia secretamente animato e diretto da codesta libera ed equabile difusione.

§ 413. D. 11.ª Ma quando occorre nelle successioni intestate un ordine che si conformi all'energía crescente o decrescente delle affezioni domestiche, e segua i vincoli di prossimità della parentela, come si deve allora giudicare dello spirito delle leggi?

R. Non si deve giudicare che il Legislatore siasi voluto conformare alle affezioni private, quasi che queste per diritto proprio potessero imporgli un dovere di ragione assoluto, e come se la giustizia a lui comandasse di obedire alle affezioni presunte dei privati; ma bensì devesi tenere per massima, che in tanto egli si conforma a cotal energía crescente o decrescente, in quanto ciò torna meglio all'utile dello Stato; di maniera che egli se ne discosterebbe quando scorgesse che ciò potesse recar nocumento. Altro è che il Legislatore accompagni e si prevalga della progressione delle affezioni domestiche per adempiere le mire della sana politica, ed altro è ch'egli sia servo ed obligato a seguirle. Se egli con le sue leggi fa movere la eredità in una maniera analoga a cotali affezioni, ciò egli fa perchè vede che essendo in dovere di unificare l'interesse particolare co 'l generale, scorge che ciò a lui riesce con l'adattarsi alla progressione delle affezioni domestiche, perchè così egli rassicura tutti coloro che sono animati dallo spirito di una onorata economía, e che operano co 'l fine di lasciar comoda ed illustre la loro posterità; e con questa fiducia eccita e mantiene quell'alternativa d'interessi e di godimenti che formano la vita e la prosperità dello Stato.

§ 414. D. 12.ª Fissati questi diritti e queste mire nel Legislatore, quali sono le principali e generali regole interpretative che ne derivano?

R. Eccole. 1.° Posto che le leggi riguardanti le successioni intestate sono propriamente d'ordine publico, e si misurano dietro le sole vedute

della ragione politica civile, esse sono di *stretta interpretazione.* — 2.° Dunque il magistrato non potrebbe tentare, senza eccesso di potere, d'*aggiungere* o *levare* nulla alle leggi suddette, e meno poi di *controvertere* la natura degli oggetti ch' esse contengono, e dei diritti ch'esse attribuiscono. — 3.° Non si potrebbe in conseguenza far *progredire* per modo d' interpretazione ad ulteriori mani le sostanze ereditarie, quando havvi una persona od uno stato conveniente in cui esse riposano. — 4.° Non è permesso d' introdurre nelle intestate successioni, co 'l pretesto di *private affezioni*, niun *vincolo* o *ritorno*, quando la legge non lo stabilì. — 5.° Non è lecito dare alle *eccezioni* una *latitudine* ch' esse non hanno, a fronte della regola generale vigente. — 6.° Non è lecito figurare *distinzioni* ed *ipotesi* per cangiare o modificare le massime della legge, quando senza di detti casi la legge può ottenere l'effetto della regola generale.

§ 415. D. 13.ª Oltre i sei cánoni ora allegati, ve ne sono altri i quali debbano dirigere l' interpretazione delle leggi riguardanti le successioni intestate?

R. Vi sono quelli che sono *comuni* alla *interpretazione* di tutte le leggi; e questi si trovano sì nel Diritto romano, che nel Libro preliminare del Progetto del Codice Napoleone, che il Consiglio di Stato riguardò come norma d' istruzione publica.

§ 416. D. 14.ª Annoveratemi almeno i principali, che servir possono di guida nell' interpretare le leggi delle successioni intestate.

R. Eccoli. 1.° Quando una legge è chiara, non è lecito eluderne la lettera sotto pretesto di penetrarne lo spirito, a meno che una evidente ragione, emergente dalla necessità di conciliarla con altre leggi egualmente positive, non costringa a fare il contrario. — 2.° La presunzione del Giudice non dev' essere posta in luogo della presunzione della legge. — 3.° Non è permesso (nelle materie puramente positive o di Diritto publico) distinguere quando la legge non distingue; e le eccezioni che non sono nella legge non debbono punto essere supplite. — 4.° La distinzione delle leggi odiose dalle favorevoli, fatta con la mira di estenderne o restringerne le disposizioni, è abusiva. — 5.° Nei casi dubj il più sicuro partito è quello di stare attaccato al testo della legge, giusta le parole della legge 1. § 20. Dig. *De exercitoria actione.* = *In re igitur dubia melius est verbis Edicti servire.* =

VIII.

DELLE REGOLE PRINCIPALI D'INTERPRETAZIONE NELLE SUCCESSIONI TESTAMENTARIE.

§ 417. Dimanda 1.ª Quali sono le facoltà del Legislatore riguardanti le disposizioni testamentarie, le quali possono servire a fondare regole generali d'interpretazione?

Risposta. Sono le facoltà di un arbitro e di un amministratore supremo, il quale nel delegare ai privati il potere di testare ha diritto d'imporre ai medesimi quelle condizioni che crede tornar meglio alla cosa publica.

§ 418. D. 2.ª Come dunque si debbono riguardare le leggi su i testamenti?

R. Come una delegazione fatta dalla publica autorità, della quale quando il privato voglia usare, deve strettamente conformarsi alle condizioni ed alle clausole ch'essa contiene.

§ 419. D. 3.ª Quali sono pertanto le conseguenze di massima che derivano da questo principio?

R. O che parliamo della *fazione* dei testamenti, o che parliamo della loro interpretazione quando sono fatti. Se parliamo della fazione del testamento, si deve stabilire come massima generale: 1.° Che niun privato può essere da tanto da escludere l'autorità obligatoria delle leggi dal suo testamento, giusta anche il disposto dalla legge 55. Dig. *De Legatis I.* = *Nemo potest in testamento suo cavere ne leges in suo testamento locum habeant.* = Per conseguenza, in forza dell'articolo generale 900. del Cod. Napoleone, in ogni disposizione fra vivi o testamentaria le condizioni impossibili, e quelle che saranno contrarie alle leggi ed ai buoni costumi, saranno riputate come non iscritte: il che concorda con le leggi romane 3. 20. 64. 72. § 5. Dig. *De conditionibus et demonstrationibus;* leg. 1. 9. 14. Dig. *De conditionibus institutionum;* leg. 65. § 1. Dig. *ad S. C. Trebellianum;* leg. 104. § 1. Dig. *De legatis I.* — 2.° Le solennità dell'atto, stabilite dalla legge, sono di stretta osservanza, conforme anche al disposto dalla legge 16. Dig. *De conditionibus et demonstrationibus.* = *In iis quae extra testamentum incurrerent, possunt res ex bono et aequo interpretationem capere. Ea vero, quae ex ipso testamento orirentur, necesse est, secundum scripti juris rationem expediri.* = Il testamento quì vien preso, come notano

gl'interpreti, per l'atto eseguito con le solennità. — 3.° Dopo ch'è stato soddisfatto interamente all'ordinazione della legge, la volontà del testatore ha tutto l'impero su le cose contemplate nel suo testamento, conforme anche al Diritto romano: *Uti paterfamilias legassit ita jus esto;* e conforme alla legge 11. § 19. Dig. *De legatis III. Praecipue spectanda servandaque testatoris voluntas.* — 4.° Questo impero è tale, che il testatore può cangiare fino alla morte le sue disposizioni, giusta le parole della legge: *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.* Leg. 4. Dig. *De adim. legatis.* — E però in primo luogo *suprema voluntas potior habetur*, leg. 22. Dig. *De legatis III.*, *Novissima voluntas servatur*, leg. 6. Dig. *De adim. legatis.* In secondo luogo il testatore non può togliere a sè medesimo il diritto di cangiare a piacere la sua volontà. *Nemo eam sibi potest legem dicere, ut a priore voluntate ei recedere non liceat*, leg. 22. Dig. *De legatis III.*

§ 420. D. 4.ª Posto che le solennità dell'atto sono di stretta osservanza, qual effetto produce la loro violazione?

R. Produce la nullità dell'atto medesimo e delle sue conseguenze, ossia fa sì ch'esso venga considerato come non fatto, e che quindi le cose dipendenti dal medesimo si considerino pure come non fatte, e pe'l tratto successivo del tempo non possano mai acquistare vigore.

§ 421. D. 5.ª Esiste alcun'autorità positiva che confermi questa massima?

R. In quanto alla nullità dell'atto, abbiamo l'art. 1001. del Codice Napoleone; e in quanto alle sue conseguenze, esistono le regole del Diritto romano, ricevute ed approvate sempre nella Giurisprudenza civile. *Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*, dice la leg. 29. Dig. *De regulis juris.* — *Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto convalescere non potest*, dice la legge 210. dello stesso Titolo. A ciò si riferisce la celebre regola Catoniana. — Viceversa *Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint*, dice la legge 201. dello stesso Titolo.

§ 422. D. 6.ª Allorchè non sia intervenuto vizio o trasgressione delle leggi nella fazione del testamento, quali sono le regole fondamentali che debbono dirigere il Giureconsulto nella loro intelligenza?

R. Conviene distinguere: o le parole del testamento sono chiare, o no. Se sono chiare, non si deve senza evidente ragione scostarsi dal loro significato, nè il Giudice può ammettere controversie di volontà. Ciò viene confermato da due leggi combinate del Diritto romano; con-

formi ai principj di ragione della Giurisprudenza universale e del Codice Napoleone. Le due leggi citate sono le seguenti. *Voluntatis defuncti quaestio in aestimatione judicis est* (leg. 7. Cod. *De fideicommissis*). — *Quum in verbis nulla ambiguitas est non debet admitti voluntatis quaestio* (leg. 25. § 1. Dig. *De legatis III*).

§ 423. D. 7.ª Perchè nella risposta fu detto che senza un'evidente ragione non è permesso scostarsi dal significato ovvio delle parole del testatore?

R. Perchè, posta la massima sopr'allegata, che dopo ch'è stato soddisfatto alle ordinanze della legge la mente del testatore ha tutto l'impero sopra le cose disposte da lui, è necessario far prevalere la mente del testatore in confronto della corteccia delle parole, quando d'altronde consta chiaramente quale fu la mente di lui. — Quì conviene avvertire alla condizione esposta, cioè che deve constare *manifestamente*, perchè altrimenti si sovvertirebbero facilmente o temerariamente le volontà dei defunti a piacere di coloro che avessero un interesse contrario. D'altronde la ragione comune ci persuade, che quando taluno parla senz'ambiguità, si debbono intendere le sue parole secondo il senso ovvio e ricevuto. Questo senso costituisce una prova positiva, la quale dovrà sempre valere fino a che non sorga una prova almeno egualmente forte in contrario, che la distrugga. Questo è un cànone di quella critica legale, ossia parte di quella Logica che necessariamente dirige la Giurisprudenza. Ora la prova che risulta dal significato proprio delle parole è manifesta. La prova pertanto contraria deve per lo meno anch'essa essere manifesta. Allora è lecito recedere dalla lettera materiale del testamento per far valere la mente reale del testatore.

§ 424. D. 8.ª Esiste alcuna legge civile che confermi tale risposta?

R. Dietro queste considerazioni fu stabilita la regola di diritto inserita nella legge 69. Dig. *De legatis III.*: *Non aliter a significatione verborum recedi oportet*, *quam cum manifestum est*, *aliud sensisse testatorem*. Nel qual caso, come notano gl'interpreti, si recede dalla medesima: del che abbiamo esempj nella legge 15. Dig. *De auro legato*, e nella legge 61. Dig. *ad S. C. Trebellianum*.

§ 425. D. 9.ª Ma quando le parole del testamento sono ambigue, come si deve procedere nell'interpretazione?

R. Quì conviene distinguere: o fuori del passo ambiguo del testamento si hanno dati positivi, onde determinare l'intenzione o certa o assai probabile del testatore; o no. Se si hanno queste prove, si debbono interpretare le parole ambigue del testamento giusta la mente che le

prove estrinseche somministrano. Se non esistono queste prove, è necessario valersi o della interpretazione particolare che vien data dalla legge, o di quelle che si possono ricavare dalle affezioni comuni e presunte che servirono di norma alla legge nello stabilire le successioni intestate.

§ 426. D. 10.ª Come si dimostra la verità di questa risposta?

R. Quanto al primo membro, si dimostra con l'osservare che ogni questione di volontà è questione di fatto, e però dev'essere definita con prove di fatto; ma è noto che queste prove di fatto non stanno sempre racchiuse in una data locuzione o in un dato passo, ma si possono eziandío raccogliere estrinsecamente, come avviene anche nelle convenzioni e in altri affari civili, nei quali accadendo una locuzione non manifesta, si deve determinare con quegli altri argomenti di fatto, i quali sono valevoli a manifestare la mente di colui che la pronunciò: dunque in caso di ambiguità ci dobbiamo giovare delle prove estrinseche di fatto quando esistono. Che se (venendo al secondo membro) mancano tali prove o fondamenti positivi di congettura, allora non si può supplire con supposizioni equívoche, benchè possano essere appoggiate a circostanze particolari del testatore; ma bensì devesi ricorrere alle presunzioni comuni e generali della legge direttrice delle successioni intestate: imperocchè è massima fondamentale di critica legale, che le volontà dei defunti non si possono fingere, ma si debbono dedurre dai dati competenti e decisivi di fatto. Dall'altra parte poi, in mancanza della volontà provata del testatore, supplisce la disposizione della legge, sì perchè, come fu già dimostrato, nell'esercizio della Giurisprudenza non ci possiamo valere che della verità estrinseca; e sì perchè nelle successioni ereditarie l'autorità del Legislatore è principale ed universale, e si fonda nelle affezioni generali comuni, che sempre subentrano alle affezioni singolari. Riunendo pertanto queste due vedute, ne segue necessariamente, che nel caso di una locuzione veramente ambigua, e per ischiarire la quale mancano dati positivi e particolari, si deve ricorrere alle interpretazioni speciali date dalla legge, o alle affezioni comuni presunte dalla legge, e su le quali ella diresse le successioni intestate. In breve, quando taluno parla in modo da non farsi intendere, egli è lo stesso che non parlasse: in conseguenza egli è come non esistesse la sua volontà. Ma quando manca la volontà del testatore subentra la disposizione formale o presuntiva della legge manifestata nella stessa materia. Dunque nel caso di una disposizione veramente oscura od ambigua, fatta da un testatore, deve prevalere la disposizione della legge.

§ 427. D. 11.ª Esistono testi di legge che avvalorino le ragioni della risposta sovra recata?

R. Quanto alla prima parte, abbiamo le leggi del Diritto romano, le quali non vincolano l'intelligenza della volontà del testatore nè alla definizione esatta o filosofica delle parole, nè al senso loro grammaticale; ma la determinano dietro l'uso comune o vulgare adattato alla persona che parla, ed anche dietro la verosimiglianza dedotta da altri argomenti di fatto. Così 1.° la legge 12. Dig. *De regulis juris* dice: *In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur.* Alla parola *plenius* aggiunge Cujaccio: *quam stricta et grammaticalis ratio ferat.* — 2.° La legge 69. Dig. *De legatis III.* dice: *In causa testamentorum non ad definitionem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur, nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur.* E però: *In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda (est) ejus qui eas protulisset* (leg. 96. Dig. *De regulis juris*). Inoltre: *Cum in testamento ambigue, aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari, et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est* (leg. 24. Dig. *De rebus dubiis*). Finalmente: *Quod factum est, cum in obscuro sit, ex affectione cujusque capit interpretationem* (leg. 168. Dig. *De regulis juris*). — In tutte queste leggi però si suppone che l'intelligenza dubia o l'oscurità possa essere diradata, e l'affezione determinata da qualche argomento positivo; poichè in caso contrario le leggi romane riguardano le disposizioni testamentarie come se non fossero scritte: il che in primo luogo appartiene alla seconda parte della risposta testè allegata. — *Quae in testamento ita sunt scripta ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent;* dice la legge 73. § 3. Dig. *De regulis juris.* — *Ubi pugnantia inter se in testamento juberentur, neutrum ratum est,* dice la legge 188. dello stesso Titolo.

§ 428. D. 12.ª Quando nell'incertezza assoluta dell'intenzione speciale del testatore si ricorre agli argomenti estrinseci, si può forse spingere la ricerca al di là di quelli che dinotano propriamente e specialmente la volontà particolare del testatore, e ricorrere alle vaghe topiche dell'uso del paese, della natura, dell'indole, dell'età, della condizione, delle facoltà, delle affezioni singolari, e ad altre simili, onde determinare la volontà del testatore (1)?

R. Qui conviene distinguere: o si parla delle cose le quali determinano principalmente la sostanza o la parte principale della volontà,

(1) Vedi Voet *ad Pandectas*, Lib. XXXIV. Tit. V. n.° 4.

ossia l'oggetto di cui si dispone; o si parla delle cose necessarie, come sarebbe della quantità, delle condizioni, e di ogni altra cosa accidentale. Quanto alla sostanza, dico che non si può far uso delle circostanze allegate per due ragioni. La prima si è, che con tutte queste circostanze il testatore poteva disporre in cento maniere diverse, ed anche non disporre del tutto: dunque esse per sè medesime non determinano nulla in particolare. Se dunque le sue parole inserite o nel testamento, o in qualunque altro atto separato, non índicano precisamente una tale più che una tal altra volontà, ne dee venire, che ricorrendo alle annoverate topiche, per sè vaghe ed indeterminate, realmente si fingerebbe una volontà di cui non consta particolarmente. Dunque tale volontà per ciò stesso si dovrebbe riguardare come non esistente, e quindi si dovrebbe far valere la volontà che servì al Legislatore a regolare le successioni. La seconda ragione si è, che ammettendo queste maniere d'interpretazione, tratte dalle circostanze esposte nell'interrogazione, si dà luogo a mille liti perplesse e temerarie, cui è interesse dello Stato di prevenire; il che egli può fare senza ledere il diritto di alcuno. Imperocchè originariamente disputandosi d'una successione, o di una qualche circostanza della medesima, fuori di quello che la legge stabilì, ossia fuori delle intrinseche ed estrinseche solennità, si dísputa di un oggetto che non è propriamente di proprietà d'alcuno, e però il Legislatore può e deve legare anticipatamente la trasmissione di tale diritto a prove chiare e non equívoche, ond'evitare che la delegazione del potere da lui affidato ai privati di disporre in causa di morte, invece di divenir utile, riesca nociva.

§ 429. D. 13.ª Ma non si può forse nei testamenti ambigui far uso delle regole che servono ad interpretare le convenzioni?

R. In generale no; perchè nelle convenzioni e in altri atti di privata proprietà in tanto conviene ad ogni modo scrupolosamente scrutinare la privata volontà, perchè in esse il diritto di disporre è originariamente privato, e perchè la decisione può ledere il diritto quesito dell'una o dell'altra parte. Al contrario nelle disposizioni testamentarie il diritto di disporre è originariamente dativo, e può essere legato a quelle condizioni che al Legislatore sembrano convenienti per la publica utilità, senza nuocere al diritto di alcuno. Nelle convenzioni il Legislatore non fa che interpretare; per lo contrario nelle successioni ereditarie egli dirige. Finalmente, quand'anche facessimo uso delle regole d'interpretazione proprie delle convenzioni, quali noi le troviamo nel Codice Napoleone agli articoli 1156. al 1164., non ci verrebbe mai fatto di ca-

nonizzare le topiche vaghe, oscure e perplesse, che venivano accreditate dagl' interpreti del Diritto romano.

§ 430. D. 14.ª Ma posto che il Legislatore attribuì ai testatori il diritto di disporre almeno di parte delle loro sostanze, non assoggettò forse l'atto alla loro volontà ed alle affezioni tacite, e quindi a tutte le congetture relative, onde scoprirle e determinarle? Di più, il Legislatore prendendo nelle successioni intestate come norma generale delle sue regole le comuni affezioni, non autorizza forse con ciò stesso tutti i mezzi pe' i quali tali affezioni si possono scoprire?

R. Prima di tutto non conviene confondere due cose, le quali sebene sembrino identiche, tuttavía sono realmente diverse, e producono effetti di gran lunga diversi. E in vero, altro è ragionare su le affezioni comuni notorie e costanti contemplate dalla legge, ed altro è scrutinare nelle circostanze e relazioni personali e minute del testatore degli argomenti vaghi, equívoci, e degli appigli per fondarvi sopra delle affezioni più tosto possibili che di vero fatto, per indi determinare poi una disposizione formale. Se noi ci appoggiamo sopra le affezioni comuni, notorie e costanti, quali servirono al Legislatore, ci appoggiamo sopra fondamenti costanti, notorj, e che recano seco l'approvazione della publica autorità, e quindi anche il frutto della comune utilità, che fu il motivo che indusse il Legislatore ad accordare la facoltà di testare. Ma invece se ci faciamo lecito di scostarci senza una chiara ragione dalla norma delle comuni affezioni, ch'è pur quella cui la legge ebbe in mira, perchè vide che concorreva a' suoi disegni, noi introduciamo un arbitrio litigioso, che non è più nè quello della legge, nè quello del testatore. — Dopo questa distinzione passando alla risposta diretta, conviene osservare che quando la legge diede forza imperativa alla volontà dei testatori, intese che tale volontà fosse nota, o si potesse far nota in una maniera concreta, e non equívoca. Ma con le topiche sopra ricordate ciò non si può ottenere per la loro stessa natura, che può ammettere anche una volontà contraria, o non ammetterne anche veruna, come già fu detto. Dunque quelle topiche si debbono assolutamente rigettare, in caso di vera oscurità o di dubio circa la mente particolare del testatore, come per sè troppo vaghe, e quindi inconcludenti.

§ 431. D. 15.ª Esiste nella nuova Legislazione civile alcuna regola che controverta le teoríe allegate fin quì?

R. Niuna. Il Codice Napoleone non ha dato alcun cánone critico che autorizzi a ricorrere ai su citati luoghi d'interpretazione, dei quali con tanta intemperanza e danno dei privati si è valsa la vecchia Giuris-

prudenza. Per lo contrario nei motivi delle leggi essendosi adottate le massime fondamentali di ragione su la facoltà dativa di testare, con ciò furono eminentemente approvate le conseguenze che naturalmente derivano dal principio ammesso. Ora fra queste conseguenze stanno i canoni sopra riportati, e precipuamente quello che nell'oscurità della volontà speciale del testatore, manifestata da lui, si devono far valere le affezioni comuni, notorie e costanti, che furono seguite dalla legge. Dunque si può conchiudere, che questa conseguenza viene eminentemente avvalorata dallo spirito della legge medesima.

§ 432. D. 16.ª Ma quando non si tratta di determinare la sostanza stessa dell'intenzione del testatore, ma solamente le cose accessorie o accidentali, od omesse, ossia oscuramente determinate, come si procede nell'interpretazione?

R. Quanto alle cose omesse, se esse sono di tal natura che l'atto non può essere perfetto se non si aggiunge la cosa omessa, come p. e. se non si aggiunge la quantità delle cose che constano di peso, numero e misura, mentre consta che il testatore non voleva lasciar tutta la cosa ch'egli possedeva o di cui dispose; allora entra l'arbitrio del Giudice, onde soddisfare all'intenzione del testatore, che volle prefinire una data misura. Così se per legato lascia in genere una data somma, per fare p. e. un'abitazione, o per comperare un vestito, un mobile, od altra cosa in favore di alcuno, non si deve spingere la cosa ad un punto eccessivo, a cui un avido legatario potrebbe far giungere il prezzo di queste cose; ma invece si debbono consultare le circostanze dello stato e delle facoltà sì del testatore o legante, che del legatario, combinando le affezioni ch'egli può avere mostrato nel testamento, ossia che la legge presume nelle date circostanze. In generale, allorchè si tratta solamente degli accessorj della volontà del testatore, nel conflitto delle affezioni e nel dubio quale positivamente prevalga, si decide in modo ch'esse vengano il più che si può conciliate, e prevalgano quelle che sono fondate o su 'l sangue, o su 'l dovere di gratitudine, o di altri officj sociali cui la legge ebbe in mira di sostenere o di secondare, temperando il tutto con le altre circostanze che possono servire a determinare subordinatamente la misura e la maniera della disposizione da lui fatta.

§ 433. D. 17.ª Con quali condizioni adunque nelle ultime volontà si deve far uso della regola di diritto espressa nella leg. 9. Dig. *De regulis juris: Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur?*

R. Con le seguenti cautele; cioè: 1.° È necessario che la sostanza, ossia l'oggetto principale della volontà del testatore, consti a bastanza o

per le sole parole chiare risultanti da un atto autentico, o per le stesse parole interpretate dalla legge. — 2.° Dopo ciò è necessario determinare e proporzionare le cose accessorie ed accidentali dell'atto stesso dietro l'importanza delle affezioni morali che convenivano al testatore nelle sue circostanze. — 3.° Ciò fatto, è necessario indagare quegl'indizj e quegli amminicoli che, dietro la cognizione delle circostanze particolari del testatore, possono rendere la locuzione più determinata e precisa; del che abbiamo esempj nelle leggi seguenti: cioè nella leg. 50. § ult. Dig. *De legatis I.;* legge 14. Dig. *De annuis legatis;* leg. penult. Dig. *De alimentis vel cibariis legatis.* — 4.° Finalmente, in mancanza di tutto questo, supplisce il discreto arbitrio del Giudice, come arbitro destinato dalla legge, giusta lo spirito ed i motivi che dettarono l'art. 4. del Codice Napoleone, e della legge 7. Cod. *De fideicommissis*, già citata; cioè: *Voluntatis quaestio in aestimatione Judicis est.*

§ 434. D. 18.ª Perchè pongonsi tutte queste condizioni nel determinare la misura ossia il *modo* delle oscure disposizioni testamentarie?

R. Perchè senza di ciò la vaga espressione di *minimum* non avrebbe nè un senso, nè un confine, nè una norma ragionevole, o corrispondente a tutto il sistema delle successioni. Il più o meno, il massimo o minimo suppone una quantità od una misura normale, alla quale conviene approssimarsi più o meno, o da cui ci possiamo più o meno allontanare. Ora applicando questa idéa vaga e indefinita di *minimo* alle ultime volontà, essa non può divenire ragionevole, e coerente al sistema e allo spirito delle leggi, che con le quattro recate condizioni, le quali servano di criterio per decidere. Dunque conveniva rendere concreta la detta regola con le recate condizioni. E per verità, un minimo può essere favorevole a chi dà, e nocivo a chi riceve, secondo che il minimo costituisce la porzione di chi riceve o di chi dà, avuto riguardo alla sostanza dell'eredità. Così nelle altre obligazioni che possono contrarre le persone il minimo è egualmente ambiguo o anfibologico, e può essere nello stesso tempo sommamente favorevole per l'uno, e odioso per l'altro; e però dev'essere determinato con un terzo criterio, cioè dietro lo spirito generale delle leggi e delle vedute che debbono dirigere le successioni.

§ 435. D. 19.ª Quali sono, in ultima analisi, i cánoni fondamentali che derivano dalla teoría dell'interpretazione delle disposizioni testamentarie?

R. Sono i seguenti; cioè: 1.° Prima di cercare della volontà d'un defunto, espressa in un testamento, conviene cercare se il testamento sia valido; nè si può ammettere disputa su la volontà, se prima non è

tolta ogni disputa su la validità. — 2.° Non sempre le regole che servono alla interpretazione degli atti fra i vivi possono servire ad interpretare gli atti in causa di morte. — 3.° Quando le parole del testamento sono chiare, non si deve, senza un'evidente ragione, scostarsi dal loro significato, nè allora il Giudice può ammettere questioni di volontà. Viceversa, quando v' ha una tale ragione, si può far prevalere la mente reale del testatore al significato materiale delle parole. — 4.° Quando le parole del testamento sono ambigue, e si tratti di determinare il principale oggetto della disposizione, conviene prima cercare se o nello stesso testamento, o in qualunque altro atto autentico che si possa dire connesso, consti della volontà del testatore. In mancanza di ciò non è lecito supplire che con l'interpretazione o disposizione della legge, o con quelle congetture appoggiate alle affezioni notorie, comuni e costanti, che servirono di norma alla legge nelle successioni ereditarie, escluse altre più rimote o equivoche considerazioni. — 5.° Nel determinare il significato delle parole del testatore non si deve esigere nè un'esattezza filosofica, nè una proprietà grammaticale; ma conviene attenersi all'uso comune di parlare, e specialmente del paese, della classe o della condizione a cui appartiene il testatore. — 6.° Determinato l'oggetto principale della volontà del testatore, e non rimanendo che a chiarire la sua intenzione sopra le cose o connesse o accidentali, si può ricorrere alle notizie particolari dell'uso del paese, della natura, dell'indole, dell'età, delle facoltà, delle affezioni singolari e rispettive del testatore. — 7.° In particolare poi nel concorso di più affezioni, l'una delle quali debba prevalere all'altra (ritenuto sempre che l'oggetto principale della disposizione sia manifesto, ed esista oscurità su la quantità che si deve prestare in forza del testamento), si determina ciò ch'è minimo, ossia ciò che si deve prestare, prendendo per norma la prevalenza delle affezioni morali che il testatore doveva nutrire nelle date circostanze, e combinando quelle altre congetture che servono a determinare le qualità connesse o accessorie della volontà. In mancanza di così fatti lumi il Giudice pronuncia come arbitro destinato dalla legge.

IX.

SE UN TESTAMENTO FATTO PRIMA DEL CODICE NAPOLEONE, GIUSTA LE LEGGI VIGENTI NEL TEMPO IN CUI FU FATTO, POSSA AVER EFFETTO NEL CASO CHE IL TESTATORE MUOJA DOPO LA PUBLICAZIONE DEL CODICE MEDESIMO.

§ 436. Dimanda 1.ª Un testamento fatto prima del Codice Napoleone, giusta le leggi vigenti al tempo in cui fu fatto, può egli avere effetto nel caso che il testatore muoja dopo la publicazione del Codice medesimo?

Risposta. Questa dimanda richiede una distinzione: o le disposizioni riguardanti la successione furono concepite con le massime approvate dal Codice Napoleone, talchè la differenza consista solamente nelle formalità estrinseche dell'atto; o no. Se le massime della successione sono conformi a quelle del Codice Napoleone, il testamento sussiste, purchè le formalità vigenti prima del Codice siano state osservate, nulla ostando che tali formalità siano diverse da quelle che il Codice stabilì da poi. Se osservate le formalità vigenti al tempo della fazione del testamento, le massime sono diverse, il testamento o subisce le riduzioni, o viene colpito di nullità, secondo che la legge vigente al tempo dell'apertura della successione o annulla o riforma le disposizioni testamentarie. In breve, il testamento fatto prima del Codice Napoleone con le formalità estrinseche prescritte dalla Legislazione antecedente, sorte quell'effetto ch'è proprio dei testamenti fatti dopo la promulgazione del Codice medesimo con le formalità prescritte dallo stesso Codice, e va soggetto a tutte le leggi del Codice riguardanti le forme intrinseche delle successioni.

§ 437. D. 2.ª Esiste qualche legge che convalidi la risposta antecedente?

R. Quanto alla prima parte, riguardante le formalità, tutte le leggi e le dottrine del Diritto sì antico che moderno concorrono a confermare la risposta addotta. Ed incominciando dal Diritto romano, abbiamo in primo luogo la legge 29. Cod. *De testamentis*, con la quale Giustiniano avendo assoggettato i testatori a nuove formalità, dichiara che la sua disposizione non sarà obligatoria che pe' i testamenti che si faranno in avvenire: *Quae in posterum tantummodo* (dic' egli) *observari censemus.* E ciò è conforme alla legge 7. Cod. *De legibus.* — In secondo

luogo, contemplando il caso d'un testamento fatto secondo le vecchie forme, abbiamo la Novella LXVI., che al Capo I. § 4. formalmente avvalora la massima, che la differenza delle formalità estrinseche di un atto, e specialmente di un testamento fatto nel tempo che vigeva la Legislazione antecedente, nulla nuoce alla sua validità, purchè le formalità medesime siano state osservate. Essa conchiude con le seguenti parole: *Quamobrem* (*testamentum*) *ab initio factum recte*, *eo quod non fuerit mutatum*, *non arbitramur postea mutari*, *aut aliquo modo infringi; sed immutatam manere quae tunc placuit testatoribus sententiam*, *valideque servari. Erit namque absurdum*, *ut quod factum est recte*, *ex eo*, *quod tunc non erat factum*, *postea mutetur.* — La dottrina successiva dei vecchi interpreti venne, com'era ben naturale, a confermare la stessa massima, come si può vedere in Paolo de Castro su la detta legge 29. Cod. *De testamentis.* Vasquez *De successionibus*, Lib. II. § 12. n.° 9.; Baldo su la legge *Si quis eadem*, Cod. *De institutionibus et substitutionibus sub conditione factis;* Wesel su le nuove Ordinanze di Utrecht, art. 22. n.° 35.; e molti altri. A ciò è conforme la decisione del Parlamento di Tolosa del 19 Luglio 1786. — Proseguendo poi co 'l nuovo Codice, abbiamo la regola generale dell'art. 2. del Codice Napoleone, che la legge non dispone che per l'avvenire, e non ha effetto retroattivo.

Questa disposizione basta per sè, e non è meraviglia (osserveremo co 'l celebre Merlin) che il Codice non abbia parlato specialmente del caso di un testamento fatto prima, perchè si avrebbe peccato di sovrabbondanza dopo che il Legislatore si aveva presa la cura di dichiarare per tutti i casi indistintamente, che la legge non dispone che per l'avvenire, e non ha effetto retroattivo.

§ 438. D. 3.ª Ma perchè in punto di validità si fa differenza tra le formalità estrinseche dell'atto e le disposizioni intrinseche, quando si tratta di un testamento fatto sotto una legge vecchia, che deve avere il suo effetto sotto una legge nuova diversa?

R. Perchè l'erede testamentario non aveva acquistato diritto su alcuna cosa durante la vecchia Legislazione, attesa la rivocabilità del testamento; e però la nuova legge a lui non toglieva niun diritto. Di fatto il testatore aveva il diritto di rivocare il testamento sino all'estremo della sua vita, e per ciò stesso aveva diritto di formarlo con le nuove leggi, e quindi regolare la successione con le nuove leggi. All'opposto sotto le nuove leggi esisteva titolo, per cui il testatore contrasse l'obligo di rispettare tutto ciò che concerne la massima della successione, sì perchè

non ostava alcun diritto quesito contrario che potesse indurre effetto retroattivo, e sì perchè all'opposto vigeva la legge, che disponeva con nuove maniere di tutti gli oggetti nei quali non ostava un diritto perfetto, o un atto per sè valido e consumato antecedentemente. — Riguardando pertanto la cosa sotto i due rapporti del testatore e dell'erede, si trova che riguardo alle disposizióni intrinseche del testamento la legge non ha effetto retroattivo, ma all'opposto sorte quell'effetto ch'essa può ottenere su l'avvenire. Con ciò si è anche giustificata la seconda parte della prima risposta.

§ 439. D. 4.ª Ma il diritto a succedere dopo che un testamento è fatto, se non si può riguardare come un diritto quesito, tuttavía si può, come dissero i vecchi legali, riguardare come un *jus in spe:* non pare dunque che siamo nei termini ristretti della legge 2. del Codice, ed anzi sembra che la legge non possa in tal caso estendere il suo impero.

R. La dottrina sovra esposta avrebbe sempre luogo anche quando la successione testamentaria non per anche verificata si volesse riguardare come un *jus in spe;* e ciò sì per ragione di autorità, che per ragione di diritto essenziale. Dico per ragione di autorità. Veggasi la legge 22. in fine Cod. *De sacrosanctis ecclesiis;* veggasi la dottrina di Ubero nel Libro I. Titolo III. n.° 11. su i Digesti; ed altri interpreti, dai quali si ricava che la legge può disporre ancora su gli affari pendenti, dai quali non sia ancor nato un diritto in favore di un terzo. Il che si deve intendere sempre dei diritti rivocabili a piacere di taluno; nè si debbono confondere co'i diritti puramente condizionali, cioè (*soggetti a*) quelle condizioni che non stanno più in mano di una delle parti, perchè realmente l'alienante se ne spogliò, e (*li*) commise all'evento della condizione. — Ciò si dimostra ancora come diritto di ragione. Un *jus in spe* nelle successioni testamentarie è solamente una occasione di acquistare un diritto, quando fino alla morte così piacia al testatore, poichè ad ogni momento egli può rivocare la sua volontà. Ma per ciò stesso non si attribuisce niun diritto al successore designato; e però il titolo è riferito ad un futuro evento, e si verifica solamente con la morte. — Una prova decisiva si è, che se il testatore rivocasse il suo testamento, e morisse intestato dopo il nuovo Codice, la successione verrebbe regolata con le leggi nuove, com'è certo e indubitato. Dunque per ciò stesso si vede che da una parte tutto sta così in mano del testatore, ch'egli co'l suo solo testamento non crea diritto alcuno reale, ma solamente prepara un'occasione di verificarlo quando con la morte congiunga la perseveranza nella sua volontà. Tutto dunque in ultima analisi si risolve così al momento

della morte, che in questo tempo solamente nasce il diritto che poteva sorgere dall'*atto* del testamento. Dunque il preteso diritto sperato non toglie punto che la successione che si apre dopo il Codice non si debba considerare come un affare futuro, su 'l quale la legge ha pienissimo diritto di disporre.

§ 440. D. 5.ª Se la legge vigente al tempo della morte ha diritto di regolare la successione in modo di abolire le massime contrarie della vecchia Legislazione, perchè non dovrà anche avere la stessa autorità nel regolare le formalità in modo da render nulle le formalità diverse usate nella vecchia Legislazione? Non è egli forse vero che le ultime disposizioni si vogliono giudicare fatte al momento della morte del testatore? Dunque la validità dell'atto conviene desumerla da questo momento; e ciò tanto più, che il testatore essendo sopravissuto al nuovo Codice, poteva rivocarlo giusta le forme prescritte. Ciò non si conferma forse dal pensare, che se fra il testamento e la morte il testatore diventa incapace di farne un altro, il suo testamento viene annullato? tanto è vero che prima della morte esso non è che un mero progetto, e ch'esso acquista tutto il suo vigore dall'estremo momento della vita.

R. A questa objezione si risponde: che altro è l'atto del testamento considerato in sè stesso, ed altro è l'atto e il diritto della successione che ne può derivare. Il primo viene regolato con le leggi vigenti al tempo in cui fu fatto, perchè propriamente l'atto viene consumato con la sua stessa celebrazione. Sarebbe assurdo voler assoggettare un atto che si celebra in un dato tempo ad una legge che non esiste ancora; ma quando egli è fatto, è perfettamente consumato. Dunque tutto il diritto che potevasi aspettare dalla osservanza delle formalità, cioè la validità estrinseca dell'atto stesso, o, per dirlo in altri termini, il diritto di far prova è su l'istante acquistato. L'osservanza delle formalità in faccia della legge costituisce il titolo onde far prova. Questo diritto è inseparabile dall'atto. Dunque se si volesse assoggettarlo alla forza della legge seguente, la legge seguente annullerebbe un diritto quesito: il che non è concesso. — La successione per lo contrario viene regolata con le leggi vigenti al tempo della morte, perchè allora soltanto ne comincia ad esistere il diritto. Ora il tempo della morte, e quindi quello della successione, sta sotto l'impero delle nuove leggi: dunque il diritto nasce sotto la nuova legge; dunque va soggetto all'impero della nuova legge. La parità dunque non corre fra l'uno e l'altro oggetto.

§ 441. D. 6.ª Esiste alcuna legge nel Codice Napoleone, dallo spirito della quale si possa trarre una conferma di questa distinzione?

R. Esiste l'articolo 999. del Codice, in forza del quale viene considerato valido un testamento fatto in estero Stato da un nazionale, purchè *venga concepito con le forme praticate nel paese in cui quest' atto sarà ricevuto.* Di più, quando si voglia prescindere dal fare un testamento olografo, tali forme sono prescritte, *sotto pena di nullità*, in forza dell'articolo 1001. — Ciò posto, nasce il seguente ragionamento. Restringendosi alle forme estrinseche, qual è il titolo che potrebbe rendere insussistente un testamento fatto con le vecchie forme, se non che la loro diversità dalle nuove? Ma tale diversità non solamente non nuoce, ma anzi scrupolosamente viene canonizzata dal nuovo Codice, quando si considera che il testatore si trova in un luogo in cui vige una Legislazione che prescrive tali forme diverse. Dunque lungi che il Codice Napoleone possa annullare tali atti in vista della loro diversità di forme estrinseche, espressamente li conferma; talchè siccome fu detto che *locus regit actum*, così pure si può dire *dies regit actum.*

§ 442. D. 7.ª In conferma delle recate dottrine esiste alcuna decisione che si possa riguardare come autorevole?

R. Ne esistono parecchie; e così: 1.° Nella causa riguardante il testamento solenne di Carlo Roberto Udeckem, passata avanti il Tribunale di prima Istanza di Bruxelles, e decisa con Sentenza del 5 Fruttidoro, anno XI., e quindi con altra Sentenza della Corte d'Appello della stessa città sotto il 15 Frimale, anno XII., come si può vedere nella Giurisprudenza del Codice civile compilata dai signori Bavoux e Loiseau, Vol. I., si decide conformemente alle dottrine sopra spiegate. — 2.° In una maniera pure conforme fu deciso dal Tribunale di Parigi nel giorno 24 Piovoso, anno XII., e quindi dalla Corte d' Appello della stessa città sotto il 15 Messidoro dello stesso anno, nella causa fra l'erede Lairduamelle e Dupucé. — 3.° Finalmente abbiamo l' ultima e assolutamente definitiva decisione della Corte di Cassazione di Francia sotto il 1.° Brumale, anno XIII., previe le Conclusioni del celebre Merlin, Procuratore Imperiale generale presso la detta Corte di Cassazione, nella causa su citata, decisa dall'Appello di Bruxelles, riguardante il testamento del detto Udeckem.

§ 443. D. 8.ª Che dobbiamo dire delle decisioni del Tribunale di prima Istanza e della Corte d' Appello di Nimes e della Corte di Grenoble, che hanno pronunziato la nullità dei testamenti fatti prima del Codice, benchè fossero stati estesi con le vecchie formalità?

R. Dobbiamo dire ch' esse non sono in conflitto con le altre sopra citate, perchè nei casi agitati avanti le Corti di Nimes e di Grenoble

non si trattò di testamenti fatti prima del Codice, i quali avevano conservata la loro forza sino al nuovo Codice, benchè fossero stati concepiti prima con le dovute solennità vigenti al momento della loro formazione, come appunto avvenne negli altri casi sopra decisi; ma bensì di testamenti, i quali fra la loro formazione e il Codice Napoleone avevano sofferto una mutazione dalla legge intermedia del 17 Nevoso, anno II., in forza della quale i testatori viventi dopo la detta legge erano stati espressamente obligati, sotto pena di nullità, a rinovare con le nuove forme le loro disposizioni testamentarie; talchè l'atto fatto anteriormente veniva *ipso jure* annullato per espressa disposizione della legge, alla quale fu per ciò dato un effetto retroattivo. Ma quand'anche i Tribunali di Nimes e di Grenoble avessero pronunziato nel caso contemplato da noi, tuttavía non farebbero autorità a fronte della Corte di Cassazione, che pronunzia definitivamente in materia di diritto e di forme prescritte dalla legge.

§ 444. D. 9.ª In conseguenza di tutte le considerazioni antecedenti, da quali ragioni viene avvalorata la decisione che pronuncia la validità di un testamento fatto prima del Codice Napoleone, allorchè il testatore muore dopo il Codice medesimo, purchè non vi sia altra differenza che quella delle forme estrinseche?

R. Viene avvalorata: 1.° Dall'autorità del Diritto romano; 2.° dalle dottrine conformi degl' interpreti posteriori; 3.° dalla regola generale del Codice Napoleone, che la legge non ha effetto retroattivo; 4.° dallo spirito dell'articolo 999., che riguarda come validi i testamenti fatti da un nazionale fuori di Stato con le forme usate nel paese in cui si trova; 5.° dalle decisioni di alcuni Tribunali e di alcune Corti d'Appello di Francia, come sarebbero quelle di Bruxelles e di Parigi, e finalmente della Corte di Cassazione di Francia; 6.° dalle ragioni della universale Giurisprudenza.

§ 445. D. 10.ª Come dunque un testamento fatto con le forme antiche si deve riguardare quanto alle disposizioni intrinseche, quando avvenga che debba avere il suo effetto dopo il Codice Napoleone?

R. Come se fosse fatto dopo la promulgazione del Codice medesimo; e però: 1.° egli è conservato, quando non contenga nelle sue disposizioni cose proibite dal Codice medesimo; 2.° se vi ha eccesso nelle disposizioni, esse vengono assoggettate a riduzione; 3.° se vi sono disposizioni proibite sotto pena di nullità, esse vengono annullate.

X.

DELLA SUCCESSIONE PARTICOLARE DEGLI ASCENDENTI ALLE COSE DA ESSI DONATE AI DISCENDENTI.

§ 446. Dimanda 1.ª Se nella successione di un figlio o di un discendente si trova una cosa donata dall' ascendente, chi succede nella medesima?

Risposta. Conviene prima di tutto distinguere le leggi che riguardano i figli o discendenti legitimi e naturali, da quelle che riguardano i figli adottivi. Ora parlando dei primi, l'ascendente succede in forza del disposto dall' art. 747. del Codice Napoleone, il quale dispone che « gli ascendenti succedono, ad esclusione di tutti gli altri, nelle cose » da essi donate ai loro figli o discendenti morti senza prole, allorchè » gli oggetti donati si trovino in natura nell'eredità. »

§ 447. D. 2.ª Ma la esclusione di tutti gli altri si può verificare in due maniere. Con la prima il donante può ottenere in ispecialità i beni donati, talchè altri concorrenti non abbiano diritto di sceglierli e di conseguirli o in tutto o in parte, senza che ciò produca l'effetto, che il donante abbia una porzione più pingue degli altri eredi, e perciò con l'obligo di conferire il bene donato nella quota ereditaria. L'altra maniera con cui ciò si può verificare consiste nel prededurre la cosa donata esclusivamente dagli altri coeredi, e dividere poi quel che rimane secondo il disposto dalla legge. Quale di queste due maniere di successione esclusiva fu contemplata nel citato articolo 747?

R. Fu contemplata la seconda maniera, com' è chiaro dai motivi che introdussero la detta legge, che fu di procurare un incoraggiamento ai genitori specialmente di favorire buoni matrimonj alle loro figlie, ed anche stabilimenti mercantili o politici o militari ai figli co' i beni che anticipatamente loro vengono donati; il che così facilmente non avverrebbe se con la morte dei figli non avessero lusinga che essendo stati defraudati degli oggetti dei loro desiderj, dovessero inoltre avere anche il dispiacere di perdere i beni destinati al rispettivo collocamento dei figli.

§ 448. D. 3.ª Per qual diritto gli ascendenti succedono nei detti beni donati?

R. Per diritto di successione particolare stabilita dalla legge su i beni medesimi.

§ 449. D. 4.ª Come si esercita il diritto di detta successione rapporto alla condizione dei beni?

R. 1.° Se gli oggetti donati si trovano in natura nell'eredità, essi li prededucono per titolo precipuo di successione particolare. — 2.° Se tali beni non esistono in natura, ma per equivalenza, succedono nell'equivalente, come p. e. se fossero stati venduti, e ne esistesse ancora il prezzo. — 3.° Se fossero stati alienati per un dato tempo solamente, e fossero soggetti a ricupera, succedono al diritto di ricupera riguardante i detti beni. — 4.° Ma se fossero stati assolutamente consumati, cosicchè non si trovassero nè in natura, nè in equivalente, nè vi fosse azione di ricupera; allora gli ascendenti non hanno più diritto alla successione, perchè per niun conto si trovano fra i beni del defunto.

§ 450. D. 5.ª Dov'è fondata l'antecedente risposta?

R. Nel citato articolo 747., e nelle massime generali della successione. E quanto al detto articolo, noi troviamo le formali parole, che « gli ascendenti succedono allorchè gli oggetti si trovano in natura » nell'eredità. Se tali oggetti furono alienati, gli ascendenti riscuotono » il prezzo che possa tuttora essere dovuto. Succedono inoltre all'azione » di ricupera che avesse potuto spettare al donatario. » Quanto poi alle massime della successione, si sa che l'erede ha su la cosa ereditata lo stesso diritto del suo autore. Ora se la cosa esiste in qualche maniera nell'eredità, al momento della morte era presso del possessore, ossia del donatario: dunque essa passa per ciò stesso anche nel successore. Viceversa se punto non esisteva nè in natura nè per equivalenza presso dell'antecessore, non può nè meno passare nè in natura nè per equivalenza al successore.

§ 451. D. 6.ª Se si volesse spingere la cosa più oltre dei limiti sopra segnati, quale effetto si produrrebbe?

R. Non solamente si creerebbe un diritto che non esiste, ma si andrebbe molte volte a violare il diritto del terzo. Si creerebbe un diritto che non esiste, perchè la legge in ultima analisi non attribuisce al successore altro diritto, che quello che aveva il defunto. Ora per ciò stesso che il defunto poteva validamente alienare tutta la cosa donata, *nè il donatore* (cioè il successore) *può rivocare le alienazioni del donatario* (ossia dell'antecessore), « (*quegli*) ha unicamente diritto di ripetere quel» l'avanzo di somma che ancor fosse dovuta per le fatte alienazioni. » Bramo che notiate queste parole di Maleville su l'articolo 747. Dico in secondo luogo, che spingendo la cosa più oltre, si violerebbe il diritto del terzo, perchè posta la facoltà di alienare irrevocabilmente, se si desse

poi al donante successore diritto di farsi ricompensare il bene donato su la sostanza del donatario, si violerebbe il diritto di altri su i beni del defunto.

§ 452. D. 7.ª Quali sono gli obblighi a cui il successore deve soddisfare succedendo ai beni donati?

R. Egli deve soddisfare a tutti gli óneri o debiti imposti su i beni ai quali egli particolarmente succede. « Egli non può riprendere i beni » (dirò co 'l sig. di Maleville al citato articolo 747.) che con le ipoteche, » onde il donatario ossia l'antecessore li hà gravati, così che corre a » lui l'obligo di unirsi agli eredi per isciogliere la sostanza da tali vin» coli. » In breve, siccome il bene per particolare successione destinato dalla legge all'ascendente è in tutto e per tutto pareggiato alla comune eredità, e viene considerato come parte ordinaria della eredità; così egli si confonde con l'insieme dell'eredità in modo, che non si potrebbe in esso trovare alcuno benchè minimo privilegio.

§ 453. D. 8.ª Qual è la condizione che devesi verificare affinchè possa aver luogo la particolare successione dell'ascendente su i beni donati al discendente?

R. Devesi verificare che il discendente donatario sia morto senza prole.

§ 454. D. 9.ª Ma se i figli lasciati dal discendente, che raccolsero anche i beni donati al defunto, muojano prima dell'ascendente donatore, può questi di nuovo essere ammesso a succedere in particolare ai beni donati, ovvero ne rimane per sempre escluso, essendosi una volta verificata la sopravivenza al donatario?

R. Su questo articolo è insorta disparità di opinione fra gli autori francesi che scrissero su 'l Codice Napoleone. Il sig. di Maleville e gli autori delle Pandette, commentando il detto articolo 747., sono di parere, non per altro fermo, che l'ascendente nel caso proposto possa ancora essere ammesso alla successione particolare del bene donato. L'autore del Trattato delle donazioni testamentarie fra vivi e delle successioni è di fermo parere contrario, come si può vedere al fine del Trattato delle successioni, Tomo II. pag. 410.

§ 455. D. 10.ª Quali sono le ragioni che il sig. di Maleville produce in prova della sua opinione?

R. Eccole. 1.° L'articolo 747. non esclude positivamente l'estensione che ad esso si vuol dare; 2.° anzi pare che possa ammettere la esclusione suddetta per la ragione che rinova la disposizione delle Consuetudini di Orleans e di Parigi, introducendo nel nuovo Codice il diritto di reversione.

§ 456. D. 11.ª Cosa si può rispondere alla prima ragione?

R. Si deve rispondere: Che per ciò stesso che la legge non estese la successione al caso figurato, essa non si deve ammettere, perchè si assoggetterebbe la successione ad un vincolo di secondo grado, cui non è mai permesso di fare se non dietro una espressa disposizione della legge. — Possiamo poi rispondere in secondo luogo, che nella materia delle successioni intestate non ci è dato fingere la volontà del Legislatore, ma solamente dedurla da dati positivi. Ora co'l nudo silenzio della legge, senz'altri argomenti particolari, si fingerebbe realmente la volontà del Legislatore, e si potrebbero in ogni materia fare centinaja di leggi nuove, quando il Legislatore trovò prudente di non farle; e, quel ch'è peggio, si conierebbero leggi nuove in una materia specialmente di Diritto publico civile, ch'è di stretta interpretazione ed osservanza. Dunque la ragione puramente negativa, allegata dal sig. di Maleville, non solamente è gratuita ed insussistente, ma contradittoria a tutti i principj fondamentali della Giurisprudenza sì generali che particolari alle successioni intestate. Questo non è ancor tutto. — Si osserva in terzo luogo, che la citata legge diviene un'eccezione a fronte della regola generale, in forza della quale, senza il detto articolo incidente, tutta l'eredità del figlio defunto si dividerebbe nelle due linee ascendentali. Ora è cànone irrefragabile, che una eccezione stabilita dalla legge contro una regola o un ordine della legge medesima non si può estendere giammai al di là dei confini stabiliti dalla suprema autorità, perchè altrimenti converrebbe supporre un superiore al Legislatore. — Qui dunque il sig. di Maleville fomenterebbe un vero eccesso di potere raccomandando la estensione d'una eccezione derogante alla regola generale su 'l puro pretesto del silenzio del Legislatore, a fronte della opposta regola generale espressamente proclamata. — Considerando pertanto tutte le circostanze, si deve conchiudere che dalla forza stessa delle leggi combinate si esclude così la estensione che il sig. di Maleville vorrebbe dare alla legge, come se la legge avesse formalmente vietata una tale estensione.

§ 457. D. 12.ª Che cosa si risponde alla seconda ragione del sig. di Maleville, tratta dalla considerazione delle Ordinanze di Orleans e di Parigi?

R. Si risponde negando che il Codice Napoleone abbia propriamente ed effettivamente rinovato la disposizione della Costumanza di Orleans e di Parigi, benchè ne abbia in qualche parte imitate le parole. La verità di questa risposta si prova co'l seguente argomento. Perchè una costumanza o una legge antecedente, od una legge di un altro paese, si

possa dire effettivamente adottata in un Codice, non basta che sia in parte imitata con le parole materiali, ma conviene ch' essa possa produrre lo *stesso effetto legale* che produceva nel luogo o nel sistema da cui fu tratta. Ma le poche parole imitate dall'art. 313. della Consuetudine di Parigi non possono ora produrre l' effetto che prima produceva il diritto di reversione delle dette donazioni. Dunque è falso che tale consuetudine sia stata veramente adottata. — La maggiore del sillogismo è per sè manifesta, perchè l'essenza della legge sta alla sua forza dispositiva, e però si deve giudicare della natura di una legge dietro l'effetto ch' essa può veramente produrre nel complesso della Legislazione. — Quanto alla minore io la provo con le osservazioni stesse del sig. Maleville. 1.° Per una maniera assai curiosa di argomentare, anzi per una manifesta petizione di principio, egli rimprovera il Codice Napoleone, perchè abbia adoperato la frase *gli ascendenti succedono*, perchè, secondo il Diritto consuetudinario, gli ascendenti non succedono alle cose donate, ma le ripigliano per un diritto proprio di reversione, e però egli dice che sarebbe stata appropriata quell' espressione che avesse indicato il diritto di *retrocessione*. Ma chi ha dato diritto al sig. di Maleville d'argomentare così: = Il Codice non ha espressa la reversione o la retrocessione, ma bensì la successione, mentre le vecchie consuetudini ammettevano la reversione: dunque si deve ammettere la reversione e la retrocessione perchè le consuetudini vecchie l'ammettevano? = Prescindendo ora dal merito intrinseco della cosa, si vede tantosto una somma differenza di fatto; ed è, che il Codice non ha imitato la disposizione delle Ordinanze. — 2.° Lo stesso sig. di Maleville osserva che, secondo le dette consuetudini, il diritto di retrocessione faceva che le cose donate ritornassero al donante esenti da ogni peso ereditario, e confessa che tale privilegio fu abrogato con la nuova legge. Bastano dunque tali osservazioni per provare che il Codice Napoleone non ereditò la formale disposizione della Consuetudine citata. — Dunque resta provato che a nulla conchiude una vaga rassimiglianza di parole. Per lo contrario consta che il nuovo Codice non avendo fatto progredire il vincolo ad ulterior grado, esso ha tolto ogni motivo di tale progresso. Con ciò viene risposto anche agli autori delle Pandette, che si fondano interamente su la rassimiglianza materiale delle parole imitate dalle Consuetudini su citate.

§ 458. D. 13.ª Che cosa dunque si deve conchiudere pe 'l caso proposto quando il donatario muore con prole, e che questa premuoja all'ascendente donatore?

R. Si deve dire che la sopravivenza della prole al donatario fa mancare per sempre la condizione in favore dell'ascendente, cioè lo esclude dalla successione particolare e privilegiata stabilita dal Codice.

§ 459. *D.* 14.ª Il diritto di successione particolare è personale al donante, o trasmissibile?

R. Egli è inerente alla persona dell'ascendente, ned è trasmissibile ai di lui eredi, come lo provano le ragioni generali sovra premesse, da cui risulta che una eccezione non si può nè si deve allargare a fronte della legge generale. Tal è anche la dottrina dell'autore del Trattato delle donazioni e delle successioni (Tomo II. pag. 210).

§ 460. D. 15.ª Ma se un avo dotasse un nipote, e che anche dopo morto l'avo, egli premorisse al padre, il padre potrebbe succedere per diritto privilegiato e speciale nei beni donati dall'avo?

R. No, perchè il padre non è donatore. Ora il privilegio accordato dalla legge è essenzialmente annesso alla qualità di donatore: dunque il padre, contuttochè erede legitimo, non potrebbe godere di tale privilegio.

§ 461. *D.* 16.ª Il diritto di successione particolare si esercita egli anche fra altri ascendenti e discendenti, oltre ai figli legitimi e naturali?

R. Si esercita anche fra l'adottante e l'adottato con le regole stabilite negli articoli 351. 352. e 746. del Codice Napoleone. L'adottante che sopravive all'adottato e a' suoi discendenti ha parimente diritto di succedere alle cose per lui donate all'adottato (art. 351). Se l'adottato muore senza discendenti legitimi dopo la morte dell'adottante, i discendenti dell'adottante hanno diritto di riprendere non solamente le cose che sono state donate all'adottato, ma quelle pur anco che hanno ereditate nella successione dell'adottante, allorchè esse esistano in natura nella successione dell'adottato (art. 351). Se dopo la morte dell'adottato i suoi figli o discendenti muojono senza posterità, l'adottante ha solo il diritto di succedere alle cose da lui donate. Questo diritto non è punto trasmissibile a' suoi eredi, quand' anche fossero in linea discendentale (art. 352).

Quale sia il Governo più adatto a perfezionare la Legislazione civile.

DISCORSO

DI

GIANDOMENICO ROMAGNOSI

PUBLICATO LA PRIMA VOLTA IN PAVÍA NEL MDCCCVII [1].

---

§ 462. Niuna cosa è valevole ad indicarci più esattamente fino a qual segno giunga la perfezione morale e politica di un popolo, quanto lo stato delle sue private relazioni; e però niuna cosa è maggiormente capace a rivelarci l'arcana legge con la quale codesto perfezionamento si può operare, quanto lo studio delle cagioni che possono far nascere, crescere e fiorire la civile Legislazione.

§ 463. Forse l'indole della costituzione politica di uno Stato potrebbe servire ad indicare la mentovata perfezione; ma, tutto considerato, siamo costretti a conchiudere, che la costituzione publica non forma propriamente il segnale indubitato che desideriamo.

§ 464. E per verità, la costituzione del governo in tanto diventa un bene, in quanto è rimedio necessario ad un male; qual è l'ignoranza, l'errore e l'intemperanza morale dei varj individui della società, cui è d'uopo condurre e ritenere nella triplice unità di mire, d'interessi e di azioni.

§ 465. Ma ancorchè fosse superfluo ogni governo, sarebbe tuttavía indispensabile l'ordine di ragione delle azioni private, l'espressione del quale costituisce appunto la civile Legislazione. Il rispetto delle per-

---

(1) Tengo per certo che questo Discorso sia stato da Romagnosi recitato nell'Università di Pavía all'incominciare delle sue Lezioni dell'anno 1807, delle quali nulla ho trovato fra i suoi manoscritti. Ho già detto nella Vita, stampata in fronte al Vol. I., com'egli fosse nominato Professore di Diritto civile in quella Università il 27 Febrajo 1807. (DG)

sone e delle proprietà, la lealtà nelle convenzioni, l'adempimento delle promesse, l'educazione della prole, la concordia delle famiglie, la buona fede e l'equità, tutto in fine il tenore delle civili relazioni sarebbe sempre così indispensabile all'umana felicità, com'è indispensabile lo stato sociale che da queste cose trae vita ed utilità.

§ 466. L'ordine civile pertanto è un bene assoluto, un bene primitivo, un bene immediato. La forza del governo per lo contrario è un bene relativo, un bene secondario: egli è il pendolo moderatore dell'ordine civile. L'ordine adunque del governo è fatto per l'ordine civile, e non l'ordine civile è fatto per quello del governo. Perocchè può avvenire, come di fatti è avvenuto, che la costituzione politica e la distribuzione dei grandi poteri dello Stato sia fatta con saviezza, e che la Legislazione degli affari privati sia difettosa; e viceversa che la potenza suprema dello Stato, benchè sia concentrata in un solo, tuttavía la Legislazione degli affari privati riesca conforme all'equità, e si vada mano mano perfezionando. La Grecia antica e l'Inghilterra ci somministrano parecchi esempj del primo fatto; Roma, sotto gl'Imperadori, del secondo.

§ 467. Ciò non pertanto io non pretendo disgiungere la influenza della publica costituzione da quella delle leggi civili a produrre la perfezione ed il benessere; ma pretendo unicamente di far sentire l'assoluta preminenza dell'ordine civile in qualità di contrasegno onde giudicare della maggiore o minor perfezione d'una società.

§ 468. Siccome poi l'ordine civile non può nè esistere nè durare senza l'ordine del governo, e la varia natura e distribuzione dei poteri fatta dalla costituzione del governo decide assolutamente dello spirito e dei progressi delle leggi civili; così io credo importante di proporre una questione, alla quale i politici in generale non prestarono quell'attenzione che meritava; ed è: = Quale fra i diversi governi possa essere quello che più di ogni altro sia acconcio a sviluppare e ad armonizzare tutte le parti d'una buona Legislazione civile. =

§ 469. A fine di rispondere a questa domanda egli è necessario conoscere quale debba essere l'intento delle leggi civili, e come in conseguenza debbano essere ordinati e contenuti i poteri di una civile società.

§ 470. Intorno al primo punto, senz'altri preamboli, io dico che dalla meditazione dei rapporti di giustizia, di utilità e di potenza d'una politica società risulta che l'intento di una buona Legislazione civile consiste nel PAREGGIARE fra i privati l'utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà.

§ 471. Questo è l'unico scopo di ragione d'ogni Codice civile; questo è il solo criterio per giudicare della bontà o dei vizj delle leggi e delle consuetudini che reggono gli affari privati nelle popolazioni di questa terra; questo è finalmente il nodo di tutto l'ordine delle azioni utili fra cittadino e cittadino: nodo cui niuna potenza potrà affievolire giammai senza offendere la prosperità, e fin anche la sicurezza e possanza durevole d'uno Stato politico.

Ora come si potrà ottenere questo intento senza proporzionare ed atteggiare i poteri e l'influenza delle diverse classi d'una società in maniera che la forza e l'interesse delle classi medesime non eccedano que' limiti che dal modello medesimo vengono stabiliti come inviolabili ad ottenere il proposto intento?

§ 472. Non è egli forse evidente che, ad onta d'ogni regola di ragione, lo spirito delle leggi positive sarà sempre su questa terra un risultato degl'interessi dei predominanti, e del grado attuale di sviluppamento della civile e politica moralità, ossia della facoltà di conformare le proprie azioni ad una norma preconosciuta?

§ 473. Ma questa considerazione non esprime ancora l'ultima e decisiva ragione che, dietro la natura della costituzione e dell'amministrazione diversa dei governi, può indicare le varietà importanti delle leggi civili nei diversi secoli e paesi.

§ 474. Questa differenza si rileva esaminando non nella sola costituzione, ma precipuamente nell'amministrazione pratica d'uno Stato, la maggiore influenza dei poteri o di tutto il popolo o di certe classi della società su le leggi e su i giudizj.

§ 475. Forse dall'osservare che lo scopo giusto delle leggi civili consiste unicamente nel pareggiare fra i privati l'utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà, saremmo tentati a conchiudere che il governo popolare sia il più acconcio a formare ed a perfezionare un buon sistema di Legislazione civile. Ma, esame fatto, sono costretto a dichiarare che questo sarebbe grave errore.

§ 476. Io prescindo dalla riflessione troppo nota, che una republica popolare ha un'esistenza sempre agitata e poco durevole. Da più alta sorgente io sono costretto a dedurre che, mancando ivi un felice e moderato contrasto di costante e temperata azione e reazione d'interessi e di poteri fra più ordini dello Stato, non ne può sorgere giammai quel sistema di armoniche transazioni che formano la vita e l'ordine del mondo morale, come formano quella del mondo fisico. Ora codeste transazioni non contribuiscono forse all'origine delle leggi civili? — Che

altro sono esse mai da principio, se non che la espressione di sì fatte transazioni (1)?

§ 477. Un aggregato d'uomini che comanda quando delibera in comune, e serve quando agisce in privato; che tratta gli affari politici dello Stato, e giudica secondo gl'interessi eventuali del momento; che ora geloso della sua indipendenza, decreta con le passioni inspirategli da' suoi oratori; ora atterrito da alcuni particolari inconvenienti, illude sè medesimo contro il proprio bene, sostituendo la somma delle vedute di ogni privato alle vedute complessive del corpo intiero dello Stato; come mai potrà ordire e progressivamente perfezionare un sistema concatenato ed unico di regole direttrici delle cose private: sistema che ricerca dal canto dello spirito di ognuno una fredda e profonda analisi, dal canto del loro cuore un sublime entusiasmo per l'ordine dell'umanità, e dal comune consenso di tutti un pareggiamento perpetuo di utilità senz'odio e senza favore?

§ 478. Se fuvvi su la terra un popolo costituito in republica democratica che dovesse fornirci le dottrine più estese del giusto e dell'ingiusto, questo sarebbe stato certamente quello di Atene. La dolcezza de' suoi costumi, il suo ingegno e la sua sensibilità; la libertà del suo governo, la prosperità della sua sorte; tutto in fine pareva promettere uno studio abituale di civile Giurisprudenza, e un complesso di una raffinata Legislazione civile. Ma egli è noto, dietro le più esatte osservazioni del celebre Vico, che presso gli Ateniesi la civile Giurisprudenza non fu mai di proposito nè in una speciale maniera professata. Le poche leggi e le moltiplici decisioni non venivano dedotte dalle vedute combinate della ragione civile e della ragione naturale, vale a dire dai rapporti publici dello Stato e dalla comune equità politica; ma solamente dalla dottrina delle sette filosofiche circa il giusto e l'ingiusto astratto, e circa il vizio e la virtù.

§ 479. Niun Codice regolare e permanente, niuna collezione di giudizj potè fornire in Atene i Trattati o di un Papiniano, o d'un Ulpiano, o d'un Paolo, o di altri simili; ma invece la notizia delle leggi e delle decisioni veniva tratta da una certa classe d'uomini conosciuti sotto il nome di *Prammatici*, che avevano cura di far raccolta delle diverse leggi e decisioni giudiziarie, e d'insegnarne ad altri il contenuto materiale.

---

(1) Nello sviluppare l'origine delle leggi civili presso i Romani io avrò cura di porre in chiaro questo grande principio, che va a confondersi con la legge generale dell'ordine universale.

L'applicazione poi delle leggi facevasi dagli oratori, i quali, secondo l'opportunità e l'impegno delle cause, ragionavano delle cose civili.

§ 480. A tutto questo aggiungevasi la mutabilità d'un popolo assolutamente padrone di cangiare ad un tratto la sua volontà, il poco discernimento e le mire private de' suoi Nomoteti. Questi, invece di restringere il loro studio e la loro autorità a quegli affari che riguardano unicamente l'educazione politica, dirò così, della nazione, e far succedere le instituzioni relative allo sviluppamento progressivo della medesima in tutti quegli oggetti che co 'l volgere del tempo non possono rimaner saldi; per lo contrario estendevano senza discernimento la loro autorità ai rapporti puramente civili, a que' rapporti che debbono essere diretti dalle norme immutabili della comune giustizia.

§ 481. Se dalle republiche popolari passiamo alle republiche puramente aristocratiche, lungi che in esse possiamo riscontrare una disposizione di poteri e d'interessi atta a far nascere l'ordine e i principj di ragione della vera Giurisprudenza, non vi rinveniamo per lo contrario non solamente il maggiore degli ostacoli, ma, quel ch'è peggio, la più valida cagione onde corrompere e far degenerare la civile Legislazione. Di fatto come sarebbe mai possibile ottenere quel *jus aequum bonum*, implorato dalla ragione, da un aggregato d'uomini armati di potere, se la loro situazione e i loro interessi vi si frapongono ad ogni passo e ad ogn'istante?

§ 482. Quanto minore è la distanza fra chi comanda e chi obedisce; quanto più sono mescolati i rapporti d'interesse fra l'una e l'altra classe, e quanto più esclusiva e prepotente è l'avidità munita di autorità; tanto più frequenti, moltiplicate ed estese sorgono le cagioni onde introdurre nelle leggi, che sono l'espressione della volontà di chi comanda, una differenza di facoltà, di diritti riguardanti i beni e la libertà civile fra il corpo degli ottimati e il rimanente della popolazione. Ad ogni tratto si presenta l'occasione di far sacrifizj; le più minute relazioni civili provocano ad ogn'istante un conflitto d'interessi. Come la lotta non si dovrà sempre decidere in favore di chi ha il potere?

§ 483. Coerentemente a queste vedute, e per una inspirazione troppo naturale a chi brama di dominare senza ostacoli, si aggiunge che in questa specie di governi il corpo degli ottimati fugge, per quanto può, di legare l'esercizio del suo potere a forme preconosciute e costanti; e, quel ch'è più, d'assoggettare le proprie fortune a quelle regole, per le quali dovesse subire una condizione comune co 'l popolo, con quel popolo ch'egli brama di padroneggiare e mantener debole e dipendente.

§ 484. Per lo che una indefinita e versatile consuetudine tiene in questa specie di governo ordinariamente il luogo di un Codice regolare e permanente; gli esempj servono di norma ai giudizj; gli ordini passeggeri, e rinovati a beneplacito dal Senato, fanno le veci delle institu-zioni e delle providenze economiche e politiche: tutto, in una parola, tende, per quanto è possibile, a forme mutabili, e serbate in petto dei soli ottimati. La storia di Roma, prima del decemvirato nell'antichità, e quella della veneta aristocrazía nei tempi moderni, ci fornisce ampia conferma di questa osservazione.

§ 485. Lungi pertanto che una republica aristocratica possa essere giammai adattata a somministrare un corpo di buone leggi civili, essa è per lo contrario fra tutti i governi quello che più d'ogni altro vi si oppone, per introdurre un sistema puramente ordinato giusta l'utilità esclusiva delle famiglie predominanti.

§ 486. Dopo queste considerazioni sorgerà forse il pensiero ch'io voglia conchiudere che il governo proprio a fornire un buon sistema di civile Legislazione sia il monarchico. Piaciavi, Uditori, di sospendere ancor per poco le vostre induzioni, e di scender meco al seguente esame.

§ 487. Niuno ignora che la monarchía non si deve confondere co'l governo dispotico di un solo. Coloro che della monarchica costituzione s'avvisarono di ragionare distinsero il dispotico governo dal monarchico per due principali requisiti; cioè per la costituzione di alcune leggi fondamentali, e per la esistenza d'un corpo intermedio fra il Principe e il popolo, che appellasi *nobiltà.* Ma il primo di questi requisiti, benchè possa esistere nelle Carte dello Stato e nella mente della nazione, ciò non ostante praticamente riesce nullo, perchè dove i poteri non sono separati, dove non esistono persone destinate ad esercitarli, la facoltà di violare le leggi fondamentali sì con le vie di fatto particolari, sì co' i giudizj, rimane senza freno, mancando per lo meno un Corpo reale rappresentativo, incaricato di richiamare all'ordine l'amministrazione abusiva dello Stato. Invano pertanto si potrebbe desiderare un rimedio contro gli eccessi del potere da una regola affidata ad un muto foglio; invano contro la potenza concentrata e riconosciuta dal Gabinetto del Monarca si ardirebbe alzare il grido della disciolta volontà del Publico. La volontà del Capo dello Stato giungerebbe al suo ultimo intento, senza che nè meno vi si fraponesse alcun uomo investito della facoltà di reclamare [1].

---

[1] Sembrano strane a prima giunta queste sentenze, giacchè dopo avere dimostrato che le democrazíe e le aristocrazíe non sono governi ove si possa perfezionare la Legisla-

§ 488. Nè dalla esistenza della nobiltà si potrebbe trarre giovamento a prò della comune equità. La natura stessa delle cose e la sperienza ci convincono anche di troppo che più funesta si renderebbe la condizione della comune giustizia e libertà.

§ 489. Se da una parte lo scopo essenziale dell'ordine civile è di *pareggiare* fra i privati l'utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà; e se dall'altro canto la costituzione della nobiltà trae necessariamente seco una diseguaglianza di diritti civili sì riguardo ai vincoli imposti al corso delle eredità, e sì riguardo ai personali privilegi; se, in una parola, la costituzione politica della nobiltà partecipa necessariamente di molti effetti dell'aristocrazía: egli è dunque evidente che l'indole di sì fatte monarchíe racchiude un possente ed esteso elemento incompatibile con le basi immutabili della vera equità civile, per dar luogo ad una immensa violazione della medesima.

§ 490. Quando dai rottami della feudalità sursero le moderne monarchíe, e alcuni Principi d'Europa, per afforzare la potenza propria, condensarono contro i nobili la potenza del popolo, altro propriamente non fecero che far servire la forza dei più a temperare l'eccesso del potere di milliaja di piccoli tiranni ribelli al loro Capo; ma non introdussero perciò il sistema di quella eterna giustizia, che veniva altamente reclamato dalla voce della natura e dall'interesse medesimo dei governanti. Occupati unicamente dalla brama di un male avveduto potere, non consultarono che l'interesse della loro famiglia; e quindi da oppositori d'una rivoltosa nobiltà diventarono colleghi con la medesima per far causa comune contro l'utilità divisa sopra il maggior numero.

§ 491. Un altro Corpo s'intruse a vulnerare vie più il buon sistema della sana Legislazione civile. Questo fu il ceto sacerdotale e monastico. La considerazione politica che i governatori dovettero attribuirgli per tenere in freno i popoli rozzi, quanto incapaci ad obedire ai principj di ragione, altretanto pieghevoli alle autorità religiose, procacciò al ceto sacerdotale e monastico una reale potenza politica; e quindi ne derivò

---

zione civile, parrebbe quasi che l'Autore tentasse di provare che nè meno nelle monarchíe un tale scopo si possa raggiungere. Ma se si rifletta un poco su 'l tenore di questo paragrafo, e lo si confronti co' seguenti, e specialmente co' §§ 490. 495. 499., si vedrà di leggieri che a suo senso non è già la natura sola del governo monarchico che lo renda il più atto a perfezionare la Legislazione civile, ma altresì l'uso equo dei poteri governativi; a differenza dei governi democratici e aristocratici, in cui l'intrinseca natura del governo medesimo pone ostacolo a questo perfezionamento. Il quadro da lui tratteggiato nel § 495. è il ritratto fedele delle monarchíe attuali europée, il quale risalta tanto più pe 'l confronto con le monarchíe del medio-evo innanzi descritte. (DG)

una serie di privilegi civili egualmente perniciosi alla comune equità, che al vero e solido interesse dello Stato.

§ 492. Ecco l'origine necessaria tanto del Diritto della nobiltà, quanto del Diritto canonico-civile: ambidue produzioni spurie, e nocive alla norma unica della comune giustizia e libertà; produzioni gagliardamente vincolate con le monarchíe che dopo l'invasione dei Barbari del Settentrione sursero in Europa. La prima, divisa in diverse parti, assunse il nome di *Diritto feudale*, di *primogeniture*, di *privilegi gentilizj*, di *fedecommessi agnatizj*. Essa, per fatale esempio, provocò il folle orgoglio delle classi inferiori, autorizzato da una cattiva politica, per cui tutti gl'individui d'una famiglia, eccettochè un solo, soffrivano la più grave ingiuria che recar si potesse all'ordine delle persone e delle famiglie; i creditori spesso rimanevano delusi della fede prestata ad un possessore di beni vincolati; i figli che non ebbero parte equa nella sostanza paterna, condannati ad un violento celibato, e stimolati da bisogni fattizj, concorrevano in compagnía degli opulenti e capricciosi loro fratelli a promovere e propagare la corruttela e l'egoismo sociale. La seconda, facendo regno di questa terra quello che solo doveva essere regno dell'altro mondo, assorbiva qual vortice la più parte delle sostanze della nazione senza restituir nulla; e sottraendosi fino dal sopportare i carichi comuni dei cittadini, li forzava per soprapiù ad una ingiuriosa povertà (1).

§ 493. Da tutte queste considerazioni riunite pertanto siamo costretti a concludere che il governo monarchico, quale fin quì venne atteggiato dai politici, tanto per la sua costituzione assoluta, quanto per la condizione delle circostanze con le quali andò congiunto nell'Europa moderna, non può essere il più adattato al fine di perfezionare la civile Legislazione.

§ 494. Ma se nè la democrazía, nè l'aristocrazía, nè la monarchía non somministrano nè le cagioni nè i rapporti di cui andiamo in traccia,

---

(1) Nelle annotazioni che ho posto ai §§ 2. 33. di questi scritti (vedi sopra pag. 11. 22) ho detto quanto basta per togliere l'adito ad una storta interpretazione di quanto l'Autore ripete anche in questo paragrafo e nel precedente. Senza che torni a dire quì le stesse cose, prego il lettore di rileggere quelle due annotazioni, con le quali fu mio scopo di separare gli abusi dall'indole delle instituzioni, e a quelli soltanto riferire le osservazioni dell'Autore, come vuole la storica verità e la giustizia, anche per non attribuire all'Autore stesso opinioni che non risultano dalle sue parole. Aggiugnerò quì soltanto, che le espressioni nell'ultimo período adoperate - *senza restituir nulla* - non vanno prese a rigore e in tutta la loro estensione, giacchè l'inalienabilità degl'immobili non impediva la erogazione dei frutti in modo utile all'universale, nè gli straordinarj soccorsi allo Stato in casi di bisogno: di che la storia ricorda non pochi esempj. (DG)

quale dunque sarà il governo nel quale per natural legge queste cagioni e questi rapporti sorgeranno, e riusciranno efficaci all'intento unico del vivere civile?

§ 495. La risposta a questa domanda risulta dai principj medesimi dei quali andai discorrendo fino a quì. Egli è un governo nel quale il potere esecutivo sia diretto da un solo; egli è un governo il quale non permette che nello Stato sianvi classi privilegiate rivestite per legge di diritti civili diseguali; egli è un governo nel quale i poteri vengono distribuiti in guisa, che ogni privato in faccia della legge sia eguale a qualunque altro privato; egli è un governo in cui ognuno possa riconoscere nei Corpi rappresentativi dello Stato un potere ed un interesse a guardare e difendere il deposito della comune giustizia e libertà.

§ 496. Un solo istante di attenzione sopra la serie delle idée presentate al vostro giudizio vi convincerà di questa verità. Essa risulta non solamente per una ragione diretta ed essenziale, ma per un metodo eziandío di esclusione, ossia per quelle stesse ragioni che ci obligarono ad escludere ogni altra forma di governo.

§ 497. Contuttochè l'antichità non ci offra alcun modello del governo temperato che sopra io figurai, tuttavía per una specie di approssimazione ci presenta gli effetti che da un'amministrazione analoga possono derivare. Paragonate lo spirito della romana Giurisprudenza dei tempi anche migliori della republica con quello di Roma soggetta agl' Imperatori. Nei primi predomina totalmente la ragione politica e civile, che risultò dalle penose transazioni fra gli ottimati e il popolo. Le leggi sentono più l'azione degl'interessi del tempo, che della ragione veramente filosofica e naturale, direttrice degli affari privati. All' opposto sotto gl' Imperatori la romana Giurisprudenza si va mano mano così visibilmente discostando dalla ragione puramente civile per avvicinarsi alla naturale, che a buon diritto si può affermare che i migliori progressi di lei cadono in que' tempi nei quali Roma era retta da una sola mano.

§ 498. A chi scorge non molto addentro nelle cagioni che movono gl' interessi dei governanti, sembrerà questo certamente un fenomeno inesplicabile; ma tale egli non apparisce a colui che più da vicino consulta tutto il complesso delle reali circostanze che accompagnarono la potenza dei Cesari.

Egli è vero che l'autorità loro era dispotica; ma la loro successione non era ereditaria. Egli è vero che le loro passioni erano spesso violente; ma il loro oggetto non era d'ordinario politico: il più delle volte era un capriccio personale che, lungi dal colpire con regole durevoli le

relazioni civili, agiva più tosto di fatto con atti particolari e passeggeri. Esame fatto, si trova che la politica di Augusto, lungi dall'attentare ai fondamenti della vera naturale equità co 'l privare gli ottimati della loro prepotenza, essa per lo contrario tolse di mezzo il più possente ostacolo a quell'equilibrio che forma la principale condizione e lo spirito, dirò così, animatore di codesta equità. I suoi successori, sempre costretti a comprare e a cultivare il favore dei Pretoriani, e a premunirsi contro le loro rivolte; più intenti a sfogare ogni cupidigia privata, che a dar pascolo ad un'ambizione politica, la quale dentro il giro della loro individuale esistenza non presentava loro una soddisfazione personale; non pensarono mai a tessere uno specificato sistema di oppressione privata: per lo che al labirinto degli affari civili lasciarono una certa sfera di libertà, per cui fra il dibattimento delle due sette dell'aristocrazía e della comune equità si poterono radunare molti frammenti di quelle raffinate massime di ragione, dalle quali sursero in Europa tutte le teoríe del giusto civile e tutti i germi del Diritto naturale politico: massime le quali tanto largamente e durevolmente predominarono e predominano, quanto la natura stessa dei rapporti di cui non sono che la fedele espressione.

§ 499. Dunque la forza medesima delle cose verificò praticamente la più importante circostanza atta a perfezionare la Legislazione civile. Non la legge, ma l'esecuzione della legge è quella che produce praticamente l'effetto; non la potenza del regnante, ma l'esercizio pratico di questa potenza è quello che decide dei risultati del suo governo. Roma pertanto, retta da déspoti, vide costantemente le tempeste attorno al trono, ma non nelle relazioni private. Roma, che concentrò l'onnipotenza umana in un uomo solo, potè senz' avvedersene seguire negli affari privati l'urto moderato della civile libertà. Nel corso di tali affari trovandosi mossa giusta quelle direzioni che convenivano ad un governo moderato, produsse qual suo frutto naturale le massime più raffinate ed uniformi della civile Giurisprudenza.

§ 500. Gli elogi che il celebre Leibniz tributa ai romani giureconsulti cadono precipuamente sopra di quelli che fiorirono sotto gl'Imperatori, dai quali appunto furono tratti i Digesti. Dei giureconsulti che li precedettero abbiamo bensì parecchi nomi, ma pochissimi frammenti. Il genio poi della Giurisprudenza non può nei tempi anteriori ad Augusto meritare egualmente il voto della schietta ragione naturale.

Ego Digestorum opus (dic'egli scrivendo a Kestner), *vel potius auctorum unde excerpta sunt labores admiror: nec quidquam vidi, sive*

rationum acumen, sive dicendi nervos spectes, quod magis accedat ad mathematicorum laudem. Mira est vis consequentiarum, certatque ponderi subtilitas.

Dixi saepius (aggiunge egli in un' altra lettera scritta otto anni dopo allo stesso) *post scripta geometrarum nihil exstare quod vi ac subtilitate cum romanorum jurisconsultorum scriptis comparari possit; tantum nervi inest, tantum profunditatis. Et quemadmodum, remotis titulis et caeteris operis integri indiciis, demonstrationem lemmatis alicujus geometrici ex Euclide aut Archimede aut Apollonio aegre discernas, et ad auctorem suum referas, adeo omnium idem stylus videtur, tamquam recta ratio per horum virorum ora loqueretur; ita jurisconsulti etiam romani sibi gemelli sunt, ut sublatis indiciis quibus sententiae aut argumenta distinguuntur, distinguere stylum aut loquentem vix possis.*

Nec uspiam Juris naturalis praeclare exculti ulteriora vestigia deprehendas. Et ubi ab eo recessum est, sive ob formularum ductus, sive ex majorum traditis, sive ob leges novas, ipsae consequentiae ex nova hypothesi aeternis rectae rationis dictaminibus addita, mirabili ingenio, nec minore firmitate deducuntur.

Piaciavi, o Signori, di ponderare questo suffragio recato dall'immortale Leibnizio di età matura, in contraposto d' un contrario sentimento che nella prima sua gioventù eragli sfuggito dalla penna.

§ 501. La testimonianza di Leibniz non è propriamente che l'eco del sentimento concorde di tutta Europa e prima e dopo la barbarie che la ricoverse. Perì, è vero, l' impero delle armi romane; ma sopravisse e rinaque quello della sapienza de' suoi giureconsulti. Sparì, è vero, la forza della conquista; ma in suo luogo successe quella della ragione e dell'equità. Quando Virgilio in forma di vaticinio fece dire ad Anchise negli Elisi:

Excudent alii spirantia mollius aera,
Credo equidem; vivos ducent de marmore vultus;
Orabunt causas melius; coelique meatus
Describent radio, et surgentia sidera dicent:
Tu regere imperio populos, Romane, memento;
Hae tibi erunt artes, pacisque imponere morem (1),

egli allora pronunciò una vera profezía.

(1) *AEneidos*, Lib. VI. v. 847-852.

§ 502. Di fatto, dopo che da lungo silenzio gli oracoli delle romane leggi furono risvegliati (per servirmi delle parole di Gravina), l'Italia, pria dimentica di sè stessa, alfin si riconobbe, e nelle proprie leggi essa raffigurò la maestà vetusta dell'Impero. Allora fu che sopra la terra, un tempo a lei soggetta, se non ripigliò la possanza del comando, almeno riacquistò l'autorità del nome; e colei che aveva già perdute le forze del dominio regnò da poi con quelle della ragione e dell'equità. Imperocchè alle nostre leggi tutti i popoli sottomisero i fasci del loro comando; e quelli che dall'obedienza di Roma eransi pria sottratti, indi alla sapienza di lei perpetuamente obedirono (1). Tanto seppe operare quel temperamento di circostanze, il quale, benchè non fosse per legge fondamentale costituito giusta il modello sovra proposto, tuttavía praticamente riuscì assai vicino a quello che dovevasi desiderare.

§ 503. Noi felici, che dai lumi dei saggi e dalla forza stessa dei tempi fummo posti in quello stato politico che dalla ragione e dall'interesse comune ci dovevamo augurare! Noi felici, a cui è dato di elevarci alle più belle speranze! Uno dei primi successori di Carlo Magno ripose in vigore in tutto il suo Impero le romane leggi, scevre dalle barbariche aggiunte della violenza, della superstizione e della feudalità (2). Un altro successore di Carlo Magno, assai più grande di lui, ci ritorna le stesse leggi purgate ugualmente dai medesimi difetti, e crea quel genere di governo e di potenza che più d'ogni altro è efficace a mantenere ed a perfezionare l'opera più importante dell'umana sapienza. I grandi ministri interpreti ed esecutori delle sue intenzioni, i giudici, i reggitori e i maestri delle dottrine della giustizia, come hanno di già incominciato, così pure proseguiranno a gara a promovere quell'opinione e a sviluppare quelle norme che prestano l'ultimo complemento e sussidio al Codice della civile felicità. Ma finalmente lo Stato ripone in voi, o Giovani valorosissimi, le sue speranze: a voi toccherà fra poco spingere la vostra patria a quell'alto destino a cui il suo Governo, la sua cultura, il suo genio sempre la chiamarono, ed al quale oggi più che mai sembrano avvicinarla.

---

(1) *De ortu et progressu Juris civilis,* Cap. CLXI. pag. 140. Edit. Felicis Musca. Neapoli 1713. — (2) Gravina, Cap. CLXI. pag. 111.

DISCORSO

da pronunciarsi dal GRAN-GIUDICE nell'installazione della Cassazione [1].

Signori!

§ 504. Questo giorno, in cui vi mostrate al cospetto di tutta Italia investiti del sublime carattere di conservatori delle leggi direttrici delle fortune e del destino dei privati; questo giorno, in cui tutto l'ordine giudiziario riceve fra noi una nuova vita dall'autorità del Grande che regge la sorte degl'Imperj; questo giorno sarà per sempre memorabile negli annali politici d'Italia.

§ 505. Dopo aver ricevuto una Legislazione civile che distribuisce l'utilità con le misure della più stretta equità; che ritorna alle coscienze i loro diritti, alle famiglie le loro prerogative, al credito privato la sua sicurezza, nell'atto che il Governo si occupa ad assicurare la civile libertà con leggi penali e con forme temibili pe'l malefico, e consolanti pe'i buoni; ragion voleva che finalmente sorgesse l'ordine giudiziario, quell'ordine a cui viene commesso di fraporsi ad ogn'istante nella lotta degl'interessi particolari, e di ricondurre e ritenere incessantemente il movimento delle azioni private dentro l'órbita della civile giustizia e della publica prosperità.

§ 506. Quest'ordine, già prima architettato con leggi organiche desunte dai rapporti di una costituzione solida e liberale, diretto da una profonda prudenza addottrinata dalle lezioni degli avvenimenti che precedettero, incomincia finalmente oggi a ricevere la sua attività co'l porre in esercizio il primo Senato giudiziario del Regno.

§ 507. Questo momento, o Signori, tanto bramato sì dal Governo che dalla nazione; questo momento, il quale inspira all'antivedenza di tutti coloro che amano sinceramente la patria i più felici pronostici;

---

[1] Fra i manoscritti di Romagnosi questo Discorso si trova tutto di sua mano. Egli lo compose, com'è evidente, in nome del Gran-Giudice. (DG)

questo momento è per me quello della più alta compiacenza. Io veggo finalmente effettuata fra di noi una delle più importanti instituzioni politiche.

§ 508. Svolgere, estendere e presentare il vero spirito della Legislazione civile e criminale; precludere il varco a quelle corruttele che osano co'l tempo usurpare il nome e l'autorità delle leggi; contenere dentro i confini già stabiliti le particolari competenze delle autorità giudiziarie; ricondurre i giudicati dei Tribunali e dei Giudici del Regno all'ordine, e difenderli contro gli urti del tempo, dell'ignoranza e delle passioni; assumere i fatti particolari a guisa d'ipotesi, e restringersi ai soli rapporti di giustizia che passano fra la legge e le decisioni; tessere bel bello una Giurisprudenza sussidiaria fondata sopra decisioni teoretiche, e preparare così l'ultimo complemento della Legislazione civile e criminale: ecco in che consistono le funzioni e i beneficj d'una Corte di Cassazione.

§ 509. Se una buona costituzione e buone leggi creano il potere regolatore dei diritti e degl'interessi civili, il Tribunale di Cassazione ne conserva e ne sviluppa ad ogn'istante l'energía, e ne dirige praticamente le mosse.

§ 510. Il Legislatore, elevato sopra la nazione e posto al centro di tutto il sistema, non può determinare le sue providenze che sopra vedute generali. La Cassazione discende ai particolari, e supplisce dove taque il Legislatore. Ma nel far ciò essa non assume che le funzioni d'interprete; e se ardisce talvolta porsi al livello di chi diede le leggi, egli è solo per ricevere le sue inspirazioni, e non mai per controverterne la volontà.

§ 511. Tolta la Cassazione, è forza che la sorte dei privati soggiacia alle discrepanti decisioni particolari, molte volte determinate dalle passioni e dagl'interessi dei tempi e delle persone. — E come no? I dettami delle leggi sono per lo più semplici e generali; gli oggetti di controversia per lo contrario sono di loro natura complicati e particolari. Come dunque applicare le leggi anche più perfette senza supplire con le vedute intermedie che separano il generale dal particolare, e le ipotesi legislative dal fatto reale? — Per quanto dunque far possa un Legislatore, i Giudici dovranno sempre impiegare le deduzioni: dunque l'industria dell'uomo dovrà sempre venire in soccorso della providenza delle leggi.

§ 512. Ora potrà mai un Governo liberale e grande lasciare in balìa di milliaja di Giudici particolari il disporre dei risultati che la legge

si ripromise dalle sue operazioni? La prudenza di un Regolatore d'uno Stato dovrebbe adunque avventurare alla diseguaglianza dei lumi, alla parzialità, agli errori della moltitudine l'armonía e l'unità inviolabile del sistema legale, quell'unità alla quale sta così fortemente raccomandata la bontà di un Governo e la felicità dei popoli? Chi di noi non è penetrato, anzi chi di noi non è stato testimonio dei cattivi effetti che derivano dalla mancanza d'un supremo interprete e censore delle cose di Diritto e di Procedura? Chi di noi tutti non resta amareggiato dalle funeste influenze che una Giurisprudenza versatile alla fine produce in un'intiera popolazione? Perduta una norma fissa di giustizia sostenuta dall'autorità e dall'esercizio, il corso degli affari rimane necessariamente ludibrio delle passioni e della potenza di chi contrasta, della venalità dei difensori, della prevenzione e dei pregiudizj di chi deve giudicare.

§ 513. Dietro queste considerazioni voi scorgete, o Signori, una delle massime fondamentali che debbono dirigere i vostri futuri travagli. Questa è la *coerenza* delle vostre decisioni, e l'unità dei principj che esporrete nei vostri motivi.

§ 514. Nell'atto di pronunciare una decisione voi dovrete avere avanti gli occhi non le parti litiganti, ma tutta la generazione attuale e le generazioni future. Se voi oggi in un caso pronunciaste una decisione che domani fosse in contradizione con un'altra pronunciata in un caso simile; se oggi consacraste una massima che fosse impugnata domani; voi non corrispondereste nè al fine della vostra instituzione, nè al primo dovere che vi è imposto. Le vostre decisioni, messe in conflitto con la legge, diventerebbero un principio di corruzione tanto più fatale, quanto è più grande la vostra autorità; tanto più irrimediabile, quanto maggiore è la confidenza che il Governo ripose in voi.

§ 515. Ma io ho troppa fiducia nei vostri lumi e nella vostra diligenza, perchè non debba ripromettermi l'adempimento di questo dovere. — Io debbo lusingarmi che, a fine di ottenere la *coerenza* di cui ora vi parlo, voi vi penetrerete dei grandi principj che dirigono il tutto insieme della Legislazione civile e criminale, nonchè di quelle vedute di Stato che determinarono le particolari modificazioni della moderna Giurisprudenza.

§ 516. In ciò tanto più potrete riuscire, quanto più il vostro instituto vi rende sgombri dall'incarico di giudicare del fatto dei litiganti per conoscere dei soli rapporti teoretici del Diritto, e quanto più potrete sottrarvi dalle secrete ed involontarie affezioni che le indagini di fatto sogliono sempre inspirare.

§ 517. Arduo, io lo confesso, riuscirà sopra tutto da principio l'esercizio della vostra magistratura. Voi avete da vincere le difficoltà che non vanno mai scompagnate da un nuovo sistema; voi avete di più da annullare, per quanto è da voi, quella distanza che ancor passa tra la sfera della nuova Legislazione e il grado di sviluppamento morale e politico in cui ci troviamo collocati. La lotta fra i pregiudizj antichi e le nuove providenze; fra le vedute ristrette e i principj regolatori; fra la discrepanza di tanti statuti e di tante consuetudini locali, e la maestosa semplicità ed unità della recente Legislazione; fra le vecchie abitudini e le nuove pratiche, non può cessare tutto ad un tratto.

§ 518. Dall'altro canto l'opera a cui concorrete è una specie di creazione. Si tratta di assoggettare all'ordine molti elementi ancora disciolti; di reprimere i contrasti che sorgono ad ogni passo nell'armonizzare le abitudini; e d'introdurre alla fine quella facilità di giudicare, che suole sempre nascere da una progressiva istruzione sostenuta dall'autorità. Voi dunque dovrete armarvi di un gran coraggio, opporre una grande fermezza, impiegare uno zelo instancabile per trionfare in questa lotta, e per consolidare l'impero dell'ordine e della giustizia.

§ 519. Buon per voi però che il Governo verrà sempre in vostro soccorso non solamente con una vigilante censura, ma con tutti quei regolamenti e con quelle dilucidazioni che possano agevolarvi l'esercizio delle vostre funzioni. Buon per voi che dalla bontà e dall'armonía della nuova Legislazione ricaverete quei motivi di persuasione e quelle guide luminose che derivano dalle providenze protettrici della comune giustizia e libertà, e quegl'impulsi energici e vittoriosi che sogliono esaltare e rendere ardenti tutti quei magistrati, pe' i quali il bene comune non è nome vano, e pe' i quali i riguardi personali si annientano in faccia ai grandi interessi dell'universale.

§ 520. Ma se il Governo e la nazione non potranno tutto ad un tratto esigere da voi la perfezione, ma si dovranno contentare dei progressi derivanti dall'azione lenta del tempo e delle circostanze; essi tuttavia sono in diritto di domandarvi l'esercizio di quelle virtù che formano il corredo naturale della vostra situazione.

§ 521. Se v'ha un corpo d'uomini che sia d'uopo circondare, il più da vicino che sia possibile, della sana opinione publica, vale a dire della censura delle genti da bene, questo è il corpo dei Giudici, e sopra tutto il primo Senato giudiziario dello Stato. Quanto più indipendente è la sua autorità, tanto più fa d'uopo ch'egli somministri maggiori prove de' suoi lumi, della sua imparzialità, delle sue virtù.

§ 522. Invano tenterebbe sfuggire alla prima potenza ch' esiste fra gli uomini, a quella potenza che giammai si corrompe, la potenza cioè dell'opinione. Questa opinione v' impone come debito le virtù dell'Areopago, e vi offre in ricompensa la fama e la venerazione ch' egli ha riscosso dai secoli. Il Publico lo esige da voi come un comune bisogno, perchè quelli che debbono essere giudicati abbisognano della confidenza nelle leggi e nei Tribunali: eglino abbisognano che il primo Tribunale dello Stato sia inflessibile come la giustizia di cui egli è l' interprete, che sia inaccessibile alle sollecitazioni di tutti gl' interessi particolari. Costituito come oracolo in mezzo ad un ampio Regno, egli deve sfuggire quella famigliarità che sempre detrae alla venerazione, ed eccitare invece tutti quei sentimenti che la legge cerca di propagare per mezzo di coloro che abitualmente consacrano il loro ministero nel primo santuario della giustizia.

§ 523. Io nulla aggiungo di più su questo proposito, perchè voi già mi prevenite nell' intiera prospettiva delle virtù che convengono al vostro Corpo. Anzi nel tracciarvi brevemente i vostri doveri io mi lusingo di predire le vostre operazioni. Oso fin anche sperare che voi supererete l' aspettazione del Regno che tiene lo sguardo fisso sopra di voi, e che attende in un rispettoso silenzio i vostri oracoli. Egli ricevendoli benedirà l'Autore supremo dell' esistenza di questo Regno, di quel Genio che richiama l'Italia alla sua nativa grandezza, e tesse per lei la catena dei più fausti destini.

DELLA CITTADINANZA

E

DELLA FORENSITÀ

Memoria tratta dal *Giornale di Giurisprudenza Universale*, Tom. IX. del 1814, pag. 149 alla 221.

§ 524. Due specie di cittadinanza distinguono le nostre leggi attuali. La prima è, per così dire, *comune*; la seconda *eminente*: la prima di Diritto civile; la seconda di Diritto publico. Alla prima è annesso il godimento dei diritti civili del Regno; alla seconda il godimento e l'esercizio dei diritti publici del Governo. La prima compete al cittadino privato in qualità di membro dello Stato, ad esclusione dello straniero; la seconda compete al cittadino qual compartecipante delle funzioni proprie della sovranità, come sarebbe la legislatura, le funzioni elettorali, quelle di Senatore. Chi ha la sola cittadinanza comune non ha la cittadinanza eminente; chi ha la cittadinanza eminente ha molto più la cittadinanza comune.

Questa distinzione è appunto quella a cui allude l'articolo 7. del Codice Napoleone, espresso nei seguenti termini: « L'esercizio dei di» ritti civili è indipendente dalla qualità di *cittadino*, la quale non si » acquista, nè si conserva, che in conformità della legge costituzionale. » Quì la denominazione di *cittadino* viene usata in senso costituzionale, vale a dire in senso di Diritto publico, senza che diasi un nome proprio a colui che gode l'esercizio dei diritti civili.

§ 525. Ma più sopra e più sotto usa il nome semplice di *Italiano* o di *Francese*, il quale in linea di Diritto civile índica la persona legale che gode della pienezza dei civili diritti, e quindi è veramente *cittadino*. E per ciò devesi dire esistere una *cittadinanza di Diritto publico* per le funzioni della sovranità, ed una *cittadinanza di Diritto comune*,

ossia semplicemente sociale, per il godimento esclusivo allo straniero di certi beneficj annessi allo stato civile. Questa duplice denominazione si conferma tanto dalla prima redazione dell' art. 13. del Codice Napoleone, quanto dalle spiegazioni addotte dal Locré allo stesso articolo.

§ 526. La prima redazione porta quanto segue: « Lo straniero che avrà » dichiarato di volere stabilirsi in Francia per divenire *cittadino*, ec. » Locré poi soggiunge, parlando dell'art. 13.: « In questo articolo si tratta dello straniero che si stabilisce in Francia per acquistare la qua- » lità di *Francese*, in conformità dell'art. 3. dell'Atto delle Costituzioni » dell' Impero del 22. Frimale, anno VIII. » Leggiamo cosa disponga il detto articolo. « Un étranger devient *citoyen* français, lorsqu'après » avoir atteint l'âge de vingtun ans accomplis, et avoir déclaré l'inten- » tion de se fixer en France, il y a résidé pendant dix années consécu- » tives » (1).

§ 527. Passando ai commentarj, noi troviamo che con l'adempimento delle condizioni prescritte nell'art. 13. del Codice Napoleone lo straniero diventa Italiano, ossia acquista i diritti di cittadinanza comune italiana, come lo straniero in Francia acquista il diritto di cittadinanza comune francese. « Un contratto (dice Locré) si è formato fra lo Stato e » lui (cioè lo straniero): egli si è sottomesso alle condizioni imposte » allo straniero per divenire *cittadino francese* (e così dicasi *cittadino* » *italiano*). Lo Stato dal canto suo si è impegnato a conferirgli questo » titolo, s' egli eseguiva fedelmente le condizioni prescritte (2). In ef- » fetto (prosegue più sotto) nei principj della materia la NATURALIZZA- » ZIONE essendo un contratto fra il paese che adotta e lo straniero che » domanda l'adozione, esso non si può formare che co 'l concorso delle » due parti. L' adozione (dice Boulay (3)) è un' obligazione reciproca, e » la nazione non può essere forzata a ricevere nel numero de' suoi *cit-* » *tadini* uno straniero che le dispiacesse, niente più che questo stra- » niero non potrebb'essere costretto a divenire suo malgrado *cittadino* » *francese* » (4).

§ 528. Da queste premesse risultano le seguenti osservazioni.

I. Riflettendo attentamente su le cose esposte, si trova che il Codice civile, volendo indicare in una persona il possesso e il godimento dei diritti publici costituzionali, vale a dire dei diritti elettorali e di legis-

---

(1) Questo termine fu accorciato co 'l Senato-consulto del 26 Vindemiale, anno XI. (18 Settembre 1802), e fu ridotto ad un anno.

(2) Locré, *Esprit du Code*, pag. 229.

(3) Nel Consiglio di Stato discutendo quest'articolo.

(4) Locré, *Esprit du Code*, pag. 231.

latura, esso impiega il nome di *cittadino;* allorchè poi vuole indicare una persona, la quale per essere membro attivo dello Stato o per nascita, o per naturalizzazione gode di tutti i diritti civili, esso impiega il nome semplice di *Francese* o di *Italiano*, il quale in senso legale significa *cittadino francese* o *italiano*. Questo modo di dire forma la differenza indicata fra l'una e l'altra specie di cittadinanza. Essa fu fatta per evitare l'antica confusione osservata dal sig. Tronchet all'art. 7. del Codice Napoleone nella Seduta 14 Termidoro, anno IX. « Il sig. Tron-» chet dice che quest'articolo è necessario, perchè l'antica Legislazione » confondeva i diritti civili co' i politici, apponendone l'esercizio alle » medesime condizioni » (1).

Questa osservazione è puramente filologica. — Passiamo a quelle di diritto.

II. Riandando la disposizione dell'art. 13., e le osservazioni fatte nell'atto della sua discussione, se dimandiamo *quale sia l'effetto* di detto articolo rapporto allo straniero che ne adempie le condizioni, troviamo che quest'effetto si è di ottenere la NATURALIZZAZIONE al Regno, per cui egli acquista la denominazione di *Italiano*, e gode della condizione e dei privilegi comuni a tutti i nazionali italiani.

III. Se poi domandiamo *in qual modo* ciò si ottenga da lui, troviamo che questo modo consiste nella domanda ch' esso fa al Governo di volere appartenere al Regno, ossia diventare Italiano, fissandovi, con permesso del Governo, il suo domicilio, ed ottenendo dal Governo stesso l'approvazione, o, a dir meglio, la concessione a norma dei regolamenti stabiliti su tale materia. Questi regolamenti presso di noi sono quello del 27 Marzo 1802, art. 9. fino al 13., sotto la Republica italiana; e il Decreto 11 Giugno 1811, art. 10., sotto la Monarchía. È osservabile che il Titolo secondo e terzo parificano sempre i nazionali e i forestieri legalmente domiciliati nel Regno. In generale poi il forestiero legalmente domiciliato, in forza dell' art. 13. del Codice Napoleone, è sinonimo di *naturalizzato*, ed in diritto equivale al nome di *Italiano*, ossia di *cittadino comune italiano*.

IV. Risulta pure che codesta naturalizzazione venne considerata dal Legislatore come un vero *contratto* fatto fra lo straniero e la nazione; e per conseguenza ella produce un vero *jus quesito* alla cittadinanza comune italiana in favore del naturalizzato, non rivocabile fino a che il naturalizzato non contravenga alle condizioni stabilite.

---

(1) *Discussione del Codice civile nel Consiglio di Stato*, Tom. I. p. 46. Mantova 1806.

V. L'ignorante volgo suole distinguere il nazionale dal forestiero dalla origine. Ma questo errore è troppo grossolano. L'origine è una qualità materiale; la cittadinanza è una qualità morale: l'origine è un fatto; la cittadinanza è un diritto: un uomo può essere originario, e non essere cittadino (art. 17. del Codice Napoleone); un altro uomo può essere non originario, ed essere cittadino (art. 13). Il carattere d'originario è per sè indelebile, come cosa di fatto che non si può smentire (perchè non si può negare che un tale sia nato più tosto in un luogo, che in un altro). Il carattere di cittadino all'opposto è un diritto che la legge dà e toglie a chiunque sotto certe condizioni. Che più? Il sig. Tronchet nelle discussioni del Consiglio di Stato, parlando dell'individuo nato nel territorio, osserva « che il *fatto di nascita* nel territorio francese » NON DÀ CHE L'ATTITUDINE ad acquistare il godimento dei diritti civi- » li » (1). Ma non è prezzo dell'opera arrestarci più a lungo su questo argomento.

§ 529. Tutto il fin quì detto riguarda la cittadinanza di *Diritto civile*, e non la cittadinanza di *Diritto publico*. Ora, mi si dirà, trattandosi di impieghi publici, non si tratta forse di materia appartenente al publico Diritto? e la Costituzione di Lione, nelle parti non abrogate dai successivi Statuti costituzionali, non ha forse fatto sin quì la funzione di legge dello Stato? In conseguenza di ciò, non è forse in egual vigore quella del 27. Luglio 1802, relativa appunto alla stessa parte non abrogata della Costituzione? Ora all'art. 23. troviamo quanto segue: « Nessuno » potrà in avvenire essere ammesso agl'impieghi della Republica, se » non prova la di lui inscrizione nel registro civico. Non sono compresi » in tale disposizione i militari, nè quelli che fossero destinati alla pu- » blica istruzione. » — Questa sarebbe forte difficoltà per tutti gl'impiegati non militari, e non destinati alla publica istruzione, i quali non fossero stati inscritti nel registro civico.

A tale objezione per altro occorre una vittoriosa risposta per tutti quegli stranieri che sono inscritti nel registro municipale attivato dopo il Codice Napoleone. Il registro civico, di cui parla la detta Legge 27 Luglio 1802, fu bensì ordinato con Determinazione del Ministro dell'Interno del 1.° Ottobre 1802; ma, per quanto si sa, non fu effettuato. Per lo contrario fu effettuato quello relativo al Codice Napoleone, il quale tien luogo del registro civico, perchè fatto con le stesse condizioni della Legge 27 Luglio 1802. — Se dunque i forestieri si sono fatti in-

(1) *Discussioni su'l Codice civile nel Consiglio di Stato*, Tom. I. p. 47. Mantova 1806.

scrivere in quest'ultimo registro, essi quanto alla forma non soffrono alcun ostacolo alla loro abilitazione agl'impieghi publici.

§ 530. Un'osservazione speciale cade quì su i membri dei tre Collegi elettorali del Governo e del Corpo legislativo. Essi *de jure* e per disposizione di legge furono e sono cittadini eminenti del Regno d'Italia, senza abbisognare d'altra inscrizione: sì perchè il loro registro sta presso la Costituzione (1), e fu publicato con essa; e sì perchè ciò venne espressamente ordinato dalla Legge 27 Luglio 1802, art. 29. « La nota dei » membri componenti i tre Collegi, il Governo e il Corpo legislativo, » publicata con la Costituzione italiana, forma necessariamente parte » dell'accennato registro. »

§ 531. Quì cade una subalterna questione tanto sopra gli eminenti cittadini ora ricordati, dotati della cittadinanza politica, quanto su gli altri cittadini italiani che fissarono il loro domicilio fuori del loro Dipartimento. Nel caso che tali Dipartimenti fossero segregati dalla parte principale del territorio italiano, e passassero sotto un'altra dominazione, si domanda se questi cittadini, rimanendo su l'antico territorio italiano, ritengano o perdano la qualità di cittadini, e quindi divengano forestieri.

A tale questione parve a prima giunta di poter rispondere, che la qualità di cittadino è tutta personale, e non reale, semprechè si adempiano le condizioni della legge. Ritenuto che i detti cittadini rimangano nel vecchio territorio, non si può più oppor loro la mancanza di cittadinanza, e quindi l'eccezione di forensità. Il carattere personale, di cui furono investiti, non può esser tolto pe 'l motivo che il loro luogo di origine passò sotto una dominazione straniera. Se questa ragione potesse valere, sarebbe legalmente impossibile che uno straniero acquistasse mai la naturalizzazione in un altro paese fuori del suo; lo che è un assurdo massimo. Posta dunque l'abitazione e il domicilio nel territorio del Regno, non si può negar loro la qualità di cittadini italiani, e trattarli come forestieri, senza la più aperta ingiustizia. Sarebbe lo stesso che spogliarli di una proprietà legalmente acquistata, per maltrattarli dopo come falliti. Lo stesso Re d'Italia, nella pienezza della sua podestà, non potrebbe ciò praticare, a fronte della positiva legge vigente in contrario.

§ 532. Io per altro sono d'avviso che non si possa rispondere adequatamente alla fatta questione che figurandosi diverse ipotesi. Prima di tutto però conviene osservare, che sebene la qualità di cittadino sia *per-*

(1) Vedi Bullettino del 1802, pag. 19 a 32.

sonale, ciò non ostante le basi della cittadinanza sono reali, postochè sono fondate sopra il domicilio preso in un dato luogo, sopra l'abitazione permanente, e sopra altre fisiche circostanze. A parlare con precisione, le radici della cittadinanza, prese in complesso, sono miste di personale e di reale: attesochè, quanto alla persona, si ricercano le tali e tali qualità; e quanto alle cose estrinseche, le tali e tali circostanze. Dunque il complesso del titolo fondamentale della cittadinanza è di *natura mista* (1).

§ 533. Conviene inoltre premettere, che tale questione non può essere sciolta convenientemente, se prima non si conosce quali fossero i rapporti che inducevano la cittadinanza nel territorio unito del Regno. Gli effetti della disoluzione non si possono ben determinare e calcolare, se non si conoscono prima le condizioni e le leggi della composizione. Vediamo adunque quali siano queste condizioni e queste leggi.

§ 534. Per ben comprenderle conviene salire alla primitiva formazione della società politica, e vedere quali ne siano i rapporti e i risultati.

Figuriamo mille uomini sparsi sopra un dato territorio, abbandonati ad una vita errante, e senza che fra di essi intervenga verun consorzio abituale, nè si facia alcuna opera in comune. In questa prima supposizione quali sono i rapporti di diritto e di dovere che passano fra questi uomini? Egli è manifesto che i doveri e i diritti scambievoli in questo stato sono puramente *negativi:* vale a dire questi uomini non hanno altro obligo che di rispettarsi scambievolmente e di non nuocersi senza necessità, tale essendo la forza della reciproca loro indipendenza ed associazione. Uno scambievole soccorso sarebbe atto di virtù, ma non mai di dovere fra uomini che bastassero a sè stessi, e che fra loro non avessero contratto alcun vincolo convenzionale.

Questa ipotesi si verifica appunto fra le nazioni indipendenti, come fra i sudditi di diversi Stati pure indipendenti. Il diritto delle genti trova la sua prima base nello stato ora figurato.

---

(1) Questa verità fu solennemente sanzionata dalla legge della fu imperatrice María Teresa del 10 Febrajo 1780 per la Lombardía Austriaca. Ivi parlando non degli stranieri, ma dei nazionali Lombardi (all'art. 5.) soggiunge quanto segue:

« Per veri sudditi di Sua Maestà e di » questo dominio, e quindi capaci per ogni » effetto civile come sopra, s'intenderanno » quei soli che in esso abiteranno con animo » di una stabile e fissa permanenza, *di manie-* » *ra che nè la sola nascita, nè la sola ori-* » *gine, nè il possesso dei beni, o la qualità* » *di vassallo, nè tutti insieme i requisiti sud-* » *detti, saranno bastevoli* a doverli ritenere » per veri sudditi agli effetti sopra indicati, » quando non vi concorra la stabile e perma- » nente abitazione nel modo e nella forma » che si dichiarano quì appresso. »

§ 535. Figuriamo ora che un centinajo di questi mille uomini s'intendano fra loro, s'accordino di fissarsi in una data parte del territorio, e stabiliscano di ridurlo a cultura, di erigervi delle case, di piantarvi le loro famiglie, per vivere dei prodotti della terra, promettendo fra loro di guarentirsi in comune al di dentro, e di difendersi in comune al di fuori. Questa seconda posizione quali diritti e doveri fa essa nascere rapporto allo stato personale degl'individui? Ognuno vede da sè, che se prima questi uomini non erano che simili, indipendenti e dissociati, in oggi divengono associati e collegati fra loro, e nello stesso tempo divengono proprietarj e padroni d'un dato spazio di terra, su la quale riposa la loro società.

Questa doppia circostanza induce nuovi rapporti reali e personali tanto fra i membri aggregati e collegati, quanto fra ogni altro uomo sparso su 'l territorio circostante. I socj fra loro sostengono due specie di diritti e di doveri: la prima specie è quella dei doveri negativi, e dei diritti di umanità che prima sostenevano nell'indipendenza; la seconda specie poi è quella dei diritti e dei doveri di *socialità*, indotti dallo scopo comune di vivere sopra un dato territorio, e di cooperare in comune alla reciproca loro conservazione e sicurezza interna ed esterna. Questo nuovo intento induce fra i collegati nuovi vincoli e nuovi diritti competenti ai soli membri della colleganza, senza che gli altri, che sono fuori del grembo, possano pretendere di parteciparne. Il complesso di tutti i diritti proprj di questa congregazione d'uomini si può chiamare *diritto di socialità:* diritto tutto proprio dei membri del corpo collegato, collocato sopra una data parte di territorio.

§ 536. Per quello poi che spetta alla posizione fra i collegati e il rimanente degli uomini sparsi su 'l territorio, ne sorge la relazione di *socio* e di *straniero* alla società. La relazione di socio fra i collegati importa due specie di rapporti, e quindi due specie di diritti: cioè quelli di uomini, e quelli di compagni. Fuori del grembo poi, cioè fra i collegati e il resto degli uomini, porta una doppia relazione e un doppio diritto; cioè la relazione di *straniero* rispetto all'uomo ch'è fuori del grembo, e di *collega* rispetto all'uomo che vi si trova dentro: il doppio diritto poi è quello di partecipare con lo straniero a tutti i diritti d'uomo, e di escluderlo da quelli di collegato. Questo *esclusivo* godimento è un diritto del corpo dei collegati ne' suoi rapporti con lo straniero.

§ 537. Procediamo oltre. Se consideriamo che molti uomini uniti, i quali debbono operare per un dato fine comune, non possono agire con la triplice unità di mire, d'interessi e di azioni necessarie senza un su-

periore comune, noi concludiamo essere necessario un potere sovrano. La creazione di questo potere dà un nuovo carattere alla società. Se prima essa era una *società naturale di eguali*, ora diviene una *società politica*. Se prima il corpo era una congregazione di eguali che aveva un'unità morale di fine, dopo essa acquista il carattere di *città* (*civitas*, nel senso legale); e i membri il carattere di *cittadini*, cioè di socj viventi sotto lo stesso Governo. Tutto ciò per altro non áltera lo stato reale delle relazioni e dei diritti già prima notati nello stato di semplice società di eguali.

§ 538. Sia grande, sia piccola la società politica, non importa. Una Municipalità indipendente si può figurare come uno Stato, quando si regga per sè stessa; come, per esempio, la Republica di San Marino, e tutti i villaggi indipendenti sparsi su la terra.

§ 539. Costituita così una politica società, ossia una città sopra un dato territorio, teniamo d'occhio l'unità personale che la investe, e le dà la forma sua propria. Ognuno sente di leggieri, che niuno *estraneo* potrà partecipare del carattere di socio senza il di lei consenso manifestato o con un atto convenzionale, o con una legge che ne fissi anticipatamente le condizioni. — L'atto co 'l quale si fa quest'associazione è un vero contratto simile a quello dei primi fondatori, ed ha il medesimo effetto.

§ 540. Quest'atto o riguarda un individuo, o una società straniera. Se riguarda un individuo, non porta altro effetto che quello di ricevere nel proprio grembo un individuo che prima non vi apparteneva; se poi riguarda un'altra società o città, esso può importare o una confederazione, o un'accessione, o una confusione. Prescindiamo ora dai mezzi diversi co' i quali si possono operare tutte queste cose, e stiamo stretti a ciò che interessa questo argomento. Giunto uno Stato ad una certa grandezza, noi possiamo considerare ch'esso sia un aggregato di tante società aventi un aspetto di unità assoluta e di unità relativa. Lo Stato è un composto di tanti Dipartimenti o Provincie; i Dipartimenti o le Provincie sono l'aggregato di tante Comuni; le Comuni sono l'aggregato di tante famiglie. Il primo fondo civico sono le Comuni; l'ultimo è il Regno.

§ 541. Soffermiamoci un poco a considerare questo punto di vista, per trarne i dati necessarj a sciogliere le proposte questioni. Da per tutto, dove havvi un centro di affari e d'interessi comuni, havvi un centro di società particolare, e il titolo d'una unità civile che induce azioni ed obligazioni personali alla data società. Tutte le questioni dei

crediti e debiti, e delle ragioni attive e passive, sì comunali che provinciali, vengono decise con l'unico criterio di questa unità (1). Ma sic-

---

(1) Vedi *Giornale di Giurisprudenza Universale*, Tom. VI. pag. 256 (*a*).

(*a*) L'importanza dell'argomento e la probabilità che il brano cui si riferisce questa citazione sia del nostro Autore, mi obligano a riportarlo quì nella sua integrità. Risoluzioni di massima. — *A quali caratteri si possano distinguere i debiti provinciali, la cui soddisfazione resta a carico dello Stato. — Applicazione alla città e Corpi-santi di Como, e alla valle Intelvi; all'estimo civile di Vigevano; alla Corte superiore ed inferiore della valle Sesia, Dipartimento dell'Agogna; ed all'estimo civile, chericale e territoriale del Veronese.*

« L'art. 125. della Costituzione (dice il Consiglio legislativo) di Lione con l'avere dichiarato nazionali i crediti e debiti di ragione delle Provincie, ha fissata la sorte dei creditori verso tali Provincie, mettendo a carico dello Stato il pagamento dei relativi debiti (*). Lo stesso art. 125. lasciò alla legge di prescrivere le disposizioni relative ai debiti e crediti dei Comuni; e la legge del 23 Dicembre 1803 vi ha supplito determinando quali sono i debiti di carattere comunale, ed il modo per soddisfarli. Non ostante però queste speciali separate providenze, presentasi tuttavía una terza classe di debiti, la quale non gravitando sopra una intiera Provincia, nè sopra un semplice Comune, rende necessaria per parte del Governo un'ulteriore dichiarazione. Sotto quest'ultima categoría cadono i debiti, pe' i quali si trova obligata una frazione di Provincia, ovvero un aggregato di più Comuni, come sono i crediti verso l'estimo civile, chericale o territoriale del Veronese, Bresciano, Bergamasco, ed altri paesi degli Stati ex-veneti, ciascuno dei quali estimi diramavasi in molte parti della Provincia senza però abbracciarla interamente, giacchè la Provincia medesima era all'incontro composta dall'aggregato complessivo di tutti questi tre estimi. »

« Entrano a formare la stessa classe i crediti verso l'estimo civile della città di Vigevano, che non era circoscritto alla sola città, ma comprendeva anche dei beni sparsi nella Provincia; e così pure i crediti verso la città di Como, la quale era composta di tre frazioni, denominate la città e territorio di Como, il contado di Como, e la valle d'Intelvi. »

« È a riguardo di questi ed altri crediti di eguale natura, che dal Ministro delle Finanze viene invocata una dichiarazione di massima, la quale determini se questi crediti possano qualificarsi provinciali, o no. Il Ministro opina non dovere tali debiti stare a carico dello Stato, asserendo in appoggio di questo principio, che la lettera e lo spirito di tutte le leggi e i decreti che regolano il debito publico escludono questa classe; mentre i crediti a carico delle Provincie segnano l'ultima linea del debito che assume la nazione. »

« Per decidere questo punto di massima con principj i quali risultino certi e sicuri, il Consiglio legislativo, a cui l'Altezza Vostra Imperiale si è compiaciuta di delegare quest'onorevole incarico, ha creduto indispensabile di separatamente esaminare queste diverse categoríe di crediti, ed il carattere degli enti morali che vi risultano obligati, onde poi riconoscere se tali crediti possano riguardarsi a carico di una intiera Provincia, o più tosto abbiano a considerarsi come crediti spettanti a frazioni di Provincia, e ad un aggregato di più Comuni. »

« Per indagare con qualche fondamento quale sia stata l'intenzione della Costituzione, invano si cercherebbe fissarne il vero senso co 'l dedurlo dalla intelligenza che può

(*) « Tutti i debiti e crediti delle diverse Provincie, le quali in oggi formano parte della Republica, appartengono alla nazione. La legge determina le disposizioni relative a quelli delle Comuni. » (Art. 125. della Costituzione di Lione, 26 Genajo 1802.)

come tutte queste società servono ad un Capo comune, od hanno pure relazioni ed interessi comuni tanto fra loro che co 'l Governo da cui

---

darsi al nome di *Provincia.* Varia e non a bastanza determinata è l'idéa che ne dà la storia dei diversi Regni, perchè altrimenti la definivano i Romani, altrimenti i Francesi e le altre nazioni. »

« Il vocabolo di *Provincia*, usato nell'Art. 125. della Costituzione di Lione, può avere diverso significato, secondo i diversi Stati ora componenti il Regno d'Italia, ai quali il vocabolo stesso si riferisce. »

Proseguendo la lettura del Rapporto, si rileva che il requisito caratteristico, onde definire se un debito fosse o no provinciale, si riduce precipuamente alla condizione, che il debito riguardi un complesso di Comuni eretto o riconosciuto da qualche legge come Provincia; che il debito sia contratto in comune; e che comune ne sia la responsabilità, senza sottrazione di parte alcuna integrante.

Ciò dunque suppone: 1.° L'*erezione,* fatta per autorità del Governo, d'un dato numero di Comunità in corpo individuo di Provincia, o il *riconoscimento* almeno di tale *qualità* come *comune* co 'l dato numero di Comunità: lo che si riferisce tanto alla distrettuazione, quanto all'amministrazione publica ne' suoi diversi rami, aventi un centro comune per l'amministrazione tanto giudiziaria, quanto politica.

2.° L'*individua comunione* di date Comunità d'interessi, di spese, di credito e di debito. Questo secondo requisito è così necessario, che dato ancora che certe Comunità si trovino comprese nel Circondario provinciale, ma nello stesso tempo non abbiano fra loro una sola ed individua rappresentanza, compartecipazione ed amministrazione economica, per cui siano comuni gl'interessi, le ragioni, i pesi e la responsabilità; esse non possono attribuire il carattere di provinciale a qualunque loro ragione attiva o passiva, perchè a tutto il corpo morale compreso nella Provincia non si estende l'azione e la responsabilità degli affari medesimi.

Viceversa, se manca l'atto primitivo di erezione o di riconoscimento, che in forza di legge o di regolamento circoscriva un dato numero di Comunità sotto il nome collettivo di *Provincia,* manca il primo caratteristico onde qualificare le ragioni, le azioni, e l'amministrazione come provinciale.

In ultima analisi pertanto ne viene, che la qualità di provinciale, rispetto alle ragioni attive e passive, risulta unicamente dalla *coincidenza* di fatto della rappresentanza legale e della compartecipazione delle ragioni attive e passive delle singole frazioni esistenti entro il Circondario o Territorio stabilito della Provincia, con *tutto* l'aggregato dei Corpi comunali componenti la Provincia medesima.

Dietro questa norma il Consiglio, discendendo all'esame di fatto di molti paesi compresi nel Regno d'Italia, ha potuto distinguere non essersi sempre in un dato territorio provinciale verificata l'unità di comunione legale delle singole Comunità in un solo consorzio che abbracciasse tutte le frazioni comprese nel Corpo provinciale; e quindi, malgrado l'estrinseca configurazione loro di parti della Provincia, essendo mancata quella *compartecipazione* di ragioni attive e passive, di interessi e di amministrazione, onde costituire un dato debito a carico della Provincia intiera, per dar luogo invece ad un consorzio parziale, pe 'l quale sì fatte ragioni attive o passive non uscivano dal cerchio della frazione medesima: esserne venuta la conseguenza, che alcuni debiti non furono nè meno in origine imputabili al Corpo provinciale, ma alla sola frazione, benchè composta di molte Comunità. Da ciò è avvenuto, che alcuni debiti non sono nè provinciali nè comunali, ma di qualità *media;* e però stanno a carico dei Corpi su i quali da prima fu fondata l'obligazione.

Da questo dato ne sono risultati i seguenti pareri, ossia meglio dichiarazioni, le quali, approvate superiormente, acquistarono la forza di Decreti.

I. *Estratto dei registri del Consiglio di Stato, Seduta del* 27 *Settembre* 1811. — Il Consiglio di Stato, sentita la lettura di una

dipendono; ne nasce una doppia relazione di colleganza. La prima si può dire *cittadinanza locale*; la seconda *cittadinanza generale*. La *locale* è legata alla data Municipalità; la *generale* è legata all'unità di dominio di tutto il Regno. E siccome tutto il Regno altro veramente non è che un aggregato di Comuni, come i Comuni non sono che un aggregato di famiglie; così può dirsi che la cittadinanza municipale sia il fondamento della cittadinanza del Regno (che appelleremo *nazionalità*): di modo che la nazionalità altro non sia che un'estensione della cittadinanza municipale, in quanto la municipalità forma un elemento della grande unità del Regno (1).

§ 542. Rimiriamo le cose più da presso. Prescindendo dalla cittadinanza politica, tutta propria d'un Governo costituzionale, e restringendoci alla cittadinanza sociale, osservo che il titolo della nazionalità non dà un diritto all'oriundo o naturalizzato, addetto ad un Comune, di farsi

---

Rapporto del Consiglio legislativo, con cui per dichiarare che i crediti verso la città e i Corpi-santi di Como, e verso la valle Intelvi, non sono favoriti dall'articolo 125. della Costituzione di Lione, ha opinato doversi dichiarare: L'art. 125. della Costituzione di Lione non è applicabile ai creditori verso la città e territorio di Como, verso il contado di Como, e verso la valle Intelvi. — Approvato li 16 Genajo 1813.

II. *Estratto dei registri del Consiglio di Stato, Seduta* 11 *Ottobre* 1811. — Il Consiglio di Stato, sentita la lettura di un Rapporto del Consiglio legislativo sopra Rapporto del Ministro delle Finanze per dichiarare se i crediti verso l'estimo civile di Vigevano e verso la Corte superiore e la Corte inferiore della valle Sesia, nel Dipartimento dell'Agogna, siano favoriti dal disposto della Costituzione di Lione, ha opinato doversi dichiarare: — Non essere applicabile ai crediti verso la Corte superiore e la Corte inferiore della valle Sesia, e così pure verso l'estimo civile di Vigevano, l'artic. 125. della Costituzione di Lione. — Approvato li 16 Genajo 1813.

III. *Estratto dei registri del Consiglio di Stato, Seduta* 18 *Dicembre* 1812. — Il Consiglio di Stato, udita la lettura di un Rapporto del Consiglio legislativo sopra Rapporto del Ministro delle Finanze per riconoscere se i debiti incontrati dall'estimo civile, chericale e territoriale del Veronese siano provinciali, ovvero di carattere comunale, ha opinato doversi dichiarare: — I debiti contratti in comunione dai rappresentanti gli estimi complessivi civico, territoriale, ecclesiastico e mercantile dell'ex-Provincia di Verona sono provinciali. I debiti separatamente contratti nell'ex-Provincia medesima dai rispettivi rappresentanti ed amministratori di quei parziali estimi non sono provinciali, e quindi stanno a carico dei rispettivi estimi obligati. — Approvato li 16 Genajo 1813.

Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale*, Tomo VI. 1813, pag. 253 a 260. (DG)

(1) La distinzione della *cittadinanza generale* dalla *cittadinanza locale* fu fatta e contemplata espressamente anche dalla citata legge dell'imperatrice María Teresa. Ivi contemplando i diritti comuni che dovevano godere i Milanesi e i Mantovani come concittadini sotto lo stesso Governo (e però fra loro connazionali), soggiunge all'art. 6. la seguente eccezione: « Salvi i privilegi di ciascheduna città e luogo, che abbiano per oggetto la CITTADINANZA LOCALE, all'effetto di coprire cariche civiche, e di godere altre prerogative che fossero riservate ai soli cittadini abitanti. »

considerare membro dell'altro Comune; ma solamente di poter concorrere ai beneficj, e di partecipare dei diritti attribuiti dalla legge a tutti i nazionali o naturalizzati al Regno. Per essere membro attivo d'un dato luogo conviene che il nazionale vi trasporti il suo domicilio stabile; e con ciò egli partecipa dei diritti e dei pesi locali. Da ciò viene, che il domicilio permanente costituisce un segnale; la nascita o l'inscrizione della naturalizzazione costituiscono un altro segnale, ec. Sotto qualunque aspetto pigliate le cose, ciò che forma la prima base essenziale del *consorzio civico* è l'appartenenza ad un dato Comune. Ciò poi che forma la base essenziale della nazionalità è l'aggregazione del dato Comune a tutto lo Stato.

§ 543. Dunque egli è chiaro che può esistere la cittadinanza comunale senza la nazionalità; ma non può esistere nazionalità senza cittadinanza. Sotto il rapporto, di cui parliamo, ogni Comune è veramente una piccola città; ed ogni Stato è un aggregato di città fra loro confederate, dipendenti da un Capo comune, e poste fra loro in una reciproca comunione di beneficj e di pesi per lo stesso fine della loro conservazione e sicurezza.

Se non si possono a rigore riguardare come sovrane ed indipendenti, perchè non hanno un Capo a sè, esse però sono fra loro eguali e distinte; talchè lice ravvisare ancora e distinguere una vera unità morale, che loro attribuisce una specie di personalità, in forza della quale si determina ciò che hanno di comune, e si separano le condizioni che servono alla cittadinanza dalle condizioni che servono alla nazionalità. Queste condizioni si distinguono più visibilmente e si fanno sentire allorchè si sospendono o si tolgono le comunicazioni co 'l Governo dello Stato.

§ 544. Veduto così come venga costituita la *cittadinanza* e la *nazionalità*, facilmente s'intende come venga disciolta. Prescindiamo dai casi che dipendono dalla volontà privata, già contemplati dal Codice, onde non tener conto che di quelli che colpiscono lo Stato. Due casi si presentano: il primo è quello dello smembramento del territorio; il secondo è quello della perdita dell'indipendenza della nazione, per cui ella cessa d'essere nazione, e va a formar parte di un altro Stato indipendente. Nel primo caso il dato individuo, essendo cittadino municipale del territorio segregato, e nazionale solamente rispetto al tutto, perde questa nazionalità, perchè vien rotto quel vincolo politico co 'l tutto, al quale stava raccomandata la nazionalità; ed altro non gli rimane, che la primitiva cittadinanza municipale, creata o dall'origine o dalla naturalizzazione presa con l'atto civile presso ad una data Muni-

cipalità. Che se, benchè nato o naturalizzato presso una data Municipalità, ha trasferito e mantenuto il suo perpetuo domicilio nel territorio non lacerato e tuttavía indipendente; in tal caso rimane cittadino municipale del luogo del domicilio, e nazionale rispetto al tutto conservato. Nè a questo può ostare l'origine primitiva; perchè la cittadinanza d'origine cessò in diritto al momento che trapiantò e conservò nel territorio il suo domicilio legale, ed acquistò invece la nuova cittadinanza municipale al pari dell'originario e al pari del forestiero naturalizzato. La legge lo abilitò a fare questo trasporto; la legge gli conserva questo diritto quesito, come quello di un contratto.

Nel caso poi che la nazione perisca perdendo la sua indipendenza, il vincolo universale della nazionalità, creato dalla confederazione e dal collegamento co 'l centro del Governo, sparisce, e rimane la sola cittadinanza municipale, poichè restano solamente i centri e le associazioni comunali come primo e perpetuo elemento non distrutto dello Stato che perì con l'aggregazione allo Stato straniero.

Ad ogni modo pertanto la cittadinanza, sia originaria, sia acquisita, resta ferma nei due casi nella località in cui da prima fu contratta o trasportata: essa non può venir tolta senza un'ingiusta e spogliativa retroazione.

II.

§ 545. Dopo la generale teoría passiamo alle eccezioni. In forza del citato art. 23. della Legge 27 Luglio 1802, non mai abolita, le persone che si consacrano nel Regno alla carriera militare e ad impieghi d'istruzione publica, erano dispensate dalla cittadinanza. L'acquistarono forse con l'ammissione all'impiego, e co 'l mantenimento nel medesimo?

Considerando attentamente questa disposizione, si deve dire ch'essa serve per abilitare, ma non già per mantenere. Ad un militare o ad un maestro forestieri non potrebbe dirsi = *tu non sei nazionale o cittadino; dunque tu non puoi essere maestro o militare* = come non si potrebbe dire agli altri impiegati in forza dello stesso articolo; ma il militare e il maestro nè meno potrebbero dire = *noi siamo abilitati dalla legge; dunque non possiamo essere privati della nostra funzione.* = L'abilitazione non fa altro effetto, che quello di togliere un ostacolo che avrebbe ogni altro che aspirasse ad un diverso impiego; ma non dà diritto quesito irrevocabile alla catedra o al grado militare.

§ 546. In forza dunque del citato art. 23. della Legge 27 Luglio 1802 il maestro o il militare forestieri non potrebbero contraporre al Go-

verno, che pensasse di rimoverli, un diritto quesito a rimanere al loro posto, stantechè la mera abilitazione altro non opera che la dispensa dalla forensità, e non produce giammai il diritto alla permanenza assoluta. Io accordo che se si volesse far valere la forensità come motivo d'inabilitazione a continuare nel posto, questo motivo sarebbe illegale, perchè la facoltà ad essere ammesso tanto per il nazionale quanto pe 'l forestiero era perfettamente eguale. Se dunque la forensità non poteva formare da principio un motivo alla esclusione, non può in séguito formare un giusto ostacolo alla continuazione. Che se poi il Governo pe' suoi fini politici delibera la sospensione o la privazione, non pe 'l titolo della forensità, ma pe 'l titolo della publica utilità; allora sorge un altro titolo generale, che colpisce tanto il nazionale quanto il forestiero. Allora il Governo, potendo anteporre o posporre chi gli piace, fa valere la cittadinanza o la forensità come semplice segnale di scelta o di esclusione. In tal caso il militare ed il maestro forestieri non hanno di che querelarsi, in linea almeno di rigoroso diritto. Il Governo potrebbe dir loro: = È vero che io, accordandovi il posto militare e di ammaestramento, ho agito secondo la legge, e, se volete, ho conchiuso con voi un contratto di locazione d'opera, sia militare, sia d'ammaestramento. Ma questo contratto è forse stato conchiuso a *perpetuità?* Non mai: esso fin da principio racchiudeva in sè stesso la clausola di *amovibilità* comune ad ogni altra sorta d'impieghi accordati dal Governo: clausola che sempre si sottintende, a meno che il contrario non sia stato espressamente stabilito o per legge o per convenzione. =

§ 547. La cosa non è così, se il contratto d'opera porta espressamente la *perpetuità*. Allora la collazione del posto militare, o di ammaestramento, opera come la collazione di una parochia, di un beneficio ecclesiastico, di una commenda, di un Ordine militare o religioso: allora il titolare non può essere spogliato se non nei casi e nei modi contemplati nel contratto, o nella legge che tien luogo di contratto. La cosa è fuori di dubio, anche consultando l'opinione comune, ed il fatto di tutti i Governi che prendono al loro soldo militari, o chiamano maestri che propriamente sono *condotti*, come portava la maniera di dire italiana.

§ 548. Passando ora dalla ipotesi al fatto, troviamo nelle leggi ancora vigenti, che i Professori delle Università, in forza dell'art. 57. della Legge 4 Settembre 1802, sono inamovibili dopo il primo triennio del loro ammaestramento. Questa disposizione la troviamo pure estesa ai maestri delle altre scuole, e così ai Professori de' Licéi ed ai maestri de' Ginnasj. E se nell'art. 15. del Decreto 15 Novembre 1811 troviamo

per questi la facoltà della *dimissione* come per ogni altro impiegato, dobbiamo intenderla nello stesso senso di quella dei Professori delle Università. Dunque a tutti i Professori, mantenuti dopo il triennio, il titolo della forensità o della nazionalità non può essere legalmente operativo nè per contratto nè per legge, perchè la legge non dà diritto a rimovere nè gli uni nè gli altri se non per mezzo di legale processo (come esprime il detto art. 57. della Legge citata 4 Settembre 1802 (1)). Se di fatto la forensità non poteva essere da principio un titolo differenziale per posporre il forestiere al nazionale, ma per ambidue la condizione del contratto era eguale; eguale pur anco fu la condizione onde continuare nel possesso del posto ottenuto. Ma dall'altra parte la clausola del contratto portando la *perpetuità*, ne segue necessariamente che questa condizione è inviolabile per ambedue le parti, nè può essere tolta la facoltà acquistata senza violare la fede del contratto, e senza spogliare il Professore del suo *jus quesito* e della proprietà acquistata. In somma, conviene prima di tutto rendere rivocabile a piacere la collazione di una catedra mantenuta dopo il primo triennio, per quindi abilitare il Governo a preferire il nazionale al forestiere (2).

§ 549. Un ultimo caso di eccezione viene presentato dalla storia delle vicende politiche accadute su 'l territorio italiano. Ognuno rammenta che fra l'occupazione seguita nel 1796, fino al principio dell'anno 1802, sursero diversi Governi democratico-provinciali, i quali si sciolsero per formare un tutto con la Republica cisalpina, la quale cessò al principio del 1802, epoca in cui incominciò la Republica italiana. In questo intervallo furono accordate diverse cittadinanze ai forestieri, ossia diverse naturalizzazioni, sia dai mentovati Governi provinciali e prima indipendenti, sia dalla predetta Republica cisalpina. Si domanda oggidì qual conto debbasi tenere di sì fatte cittadinanze.

---

(1) Prima che uscisse il presente Fascicolo fu divulgata parte del presente Articolo, nel quale i Professori de' Licéi e Ginnasj furono per errore posti in condizione diversa. Questo errore viene ora corretto.

(2) Pare che questo raziocinio si possa applicare anche ai Giudici mantenuti al loro posto dopo il triennio, semprechè il lasso del triennio operi *de jure* senza l'intervento di altro atto speciale del Re. L'art. 134. del Regolamento organico 13 Giugno 1806 dispone che « la nomina dei Giudici A VITA non » ha luogo che dopo tre anni dall'attivazio» ne del presente Regolamento. » Supponendo che un nazionale di un Dipartimento per sè abilitato siasi trasportato in un altro Dipartimento per un impiego a vita, egli acquistò ivi per legge la cittadinanza municipale, giusta il disposto dell'art. 107. del Codice Napoleone; e però nel discioglimento o nello smembramento dello Stato rimane cittadino del luogo.

La risposta a tale questione è fatta dalla Costituzione di Lione e dalla relativa Legge 27 Luglio 1802, mantenute in vigore fin quì. La detta Costituzione all'art. 7. dispone quanto segue: « Le naturalizza-» zioni accordate *per lo passato* non hanno effetto prima che siano ve-» rificate le suddette condizioni. » La detta legge poi negli art. 5. e 6. dispone pure come segue.

« 5. Su le petizioni individuali da presentarsi al Governo, corre-» date delle necessarie giustificazioni, verranno di volta in volta accor-» date le naturalizzazioni che avessero l'appoggio dei titoli indicati al-» l'art. 6. della Costituzione per mezzo d'atti legislativi. »

« 6. In egual modo *verranno confermate le naturalizzazioni con-» cesse per lo passato*, qualora il Governo abbia verificate le condizioni » accennate nell'art. 6. della Costituzione. »

In forza di quest' ultimo articolo ecco il dilemma che serve di risposta. O i forestieri che acquistarono alcuna delle cittadinanze intermedie hanno adempiuto dopo le condizioni prescritte dall'art. 6. della Legge 27 Luglio 1802, o no: se le hanno adempiute, essi conservano e ritengono la cittadinanza che da prima acquistarono; se poi non le hanno adempiute, la mentovata cittadinanza si ha per non avvenuta.

§ 550. Questa occhiata generale su la cittadinanza, e su le diverse contingenze della medesima, non può bastare ancora alla pratica applicazione di un sì importante soggetto. Se ci restringiamo alla cittadinanza sola di ragione civile, vediamo ch'essa racchiude tutto il valore dei *civili diritti* propriamente detti, ossia di quei diritti reali e personali che la società esclusivamente *attribuisce* ai socj viventi sotto lo stesso Governo, postochè annesso alla cittadinanza sta l'intiero loro godimento. La verità di questa proposizione agevolmente si comprenderà consultando il Diritto comune delle nazioni, tanto anteriore al Codice Napoleone, quanto posteriore al medesimo, e fin anche le disposizioni del medesimo Codice. In forza della ragione comune ai diversi Stati d'Italia, di Francia ec., si accordava bensì allo straniero il diritto di vendere e comprare, far cambj, ed ogni altro contratto fra vivi (e che si riconosce di Diritto comune e delle genti); ma nello stesso tempo si negava, come si nega, allo straniero la facoltà di *trasmettere* una successione di beni specialmente immobili acquistati nel territorio, e di potere per mezzo di successione o testata o intestata ricevere qualunque eredità dal nazionale. Questo fu il fondamento del *diritto di albinaggio* (ossia dell'*alibi natus*) usato in tutti i paesi d'Europa. L'*ubena sarda* è sinonimo di *albinato*.

§ 551. In forza di questo divieto e di queste esclusioni lo straniero si poteva dire colpito da una specie di *morte civile*, o, a dir meglio, era soggetto ad uno degli effetti della morte civile, come lo comprova l'art. 25. del Codice Napoleone, il quale dispone che colui ch'è morto civilmente non può nè raccogliere alcuna successione, nè trasmettere a questo titolo i beni che acquistasse da poi. Egli poi era inabilitato alle cariche ed agl'impieghi proprj ai sudditi e cittadini locali, ec. ec.

La differenza in ciò fra lo straniero e il cittadino morto civilmente, o che diventa straniero, sta che nello straniero l'impotenza ad acquistare o trasmettere deriva dall'originaria incapacità fondata su la qualità di straniero (quando non sia tolta con la naturalizzazione); nel cittadino poi deriva dalla perdita della originaria capacità conferitagli dalla legge civile: talchè l'uno per mancanza originaria, l'altro per mancanza sopravenuta, si trovano colpiti dalla medesima disposizione.

III.

§ 552. Questo discorso riguarda soltanto la cittadinanza di ragione privata. Volendo parlare della cittadinanza politica, dobbiamo riportarci all'indole diversa dei Governi di un dato paese. Imperocchè o il Governo di un dato paese è assoluto, o è temperato. Se è assoluto, vale a dire se l'esercizio di tutti i poteri sovrani si trova o presso il Monarca, o presso un dato Corpo di ottimati, in tal caso non può aver luogo che la privata cittadinanza, perchè non v'è altra relazione che quella di suddito e di Sovrano. Allora fra cittadino e cittadino non havvi altra differenza, che quella di appartenere più tosto ad un dato Municipio che ad un dato altro; e per conseguenza altra distinzione non si può fare, che quella di cittadino o non-cittadino locale. Ognuno è suddito dello stesso padrone, e compartecipe (se piace al Principe) del consorzio civile delle altre Provincie. Allora *suddito* e *nazionale* sono realmente sinonimi, perchè significano una stessa qualità ed uno stesso rapporto di servitù ad uno stesso Governo; allora è inutile cercare un'altra cittadinanza eminente che non esiste, perchè manca l'originaria facoltà di esercitare diritti che l'indole del Governo esclude. Per questa ragione l'osservazione del sig. Tronchet sopra riportata (§ 528) non poteva avere senso reale, perchè ne mancava il soggetto. « L'antica Legislazione (dic'egli) » confondeva i diritti civili co' i politici, apponendone l'esercizio alle » medesime condizioni.» Se il sig. Tronchet parla della Legislazione vigente in Francia e in Italia prima del Codice Napoleone, e prima delle politiche rivoluzioni avvenute nello scorso secolo, la sua osservazione

è senza oggetto, perchè la Legislazione d'allora non poteva distinguere nel cittadino l'esercizio dei diritti civili dai politici, stantechè tali diritti politici mancavano interamente. Questi essendo tutti proprj di un Governo misto, in cui la nazione almeno partecipa alla legislatura, non potevano esistere là dove la nazione era dominata da Principi assoluti, i quali riunivano l'esercizio di tutti i poteri sovrani.

§ 553. O si parla, come dissi, d'un Governo temperato; e in tal caso han luogo due specie di cittadinanza, come da principio fu già notato. Allora, benchè il privato sia suddito, e questa qualità e denominazione si possa assumere promiscuamente come nell'assoluta monarchía, ciò non ostante riceve meglio il nome di *nazionale*, perchè l'indole del Governo ammette l'influenza della rappresentanza nazionale esclusa dal Governo assoluto; allora si può esprimere una relazione attiva di diritto, anzichè una relazione puramente passiva di servitù. Parlando con esattezza, il suddito di un Governo temperato assume il nome tanto di *nazionale*, quanto di *suddito:* per lo contrario sotto un Governo assoluto non si può usare questa vicendevolezza di termini. Il solo vocabolo di *suddito*, a rigor di termini, è permesso, e la nazionalità si suole soltanto impiegare non in senso di diritto, ma di semplice fatto di nascita, per distinguere materialmente l'Italiano dal Tedesco, dal Francese, dal Boemo, ec.

IV.

§ 554. Ma restringendo le nostre osservazioni alle circostanze ed ai rapporti interessanti il Diritto, e versando ora il discorso su la seconda ipotesi di un Governo temperato, su 'l quale l'attuale nostra Legislazione si aggira, conviene osservare che l'ultimo e vero caratteristico che dà origine alla cittadinanza eminente, ossia alla facoltà di compartecipare con gli altri all'esercizio di alcuni sovrani diritti, non sta precisamente nel supposto o della monarchía temperata o della republica, ma propriamente nella facoltà del cittadino a prender parte nell'esercizio della sovranità, sia nella republica, sia nella monarchía. La mente del giureconsulto per una specie di astrazione deve concentrarsi su la persona del cittadino, ed osservare se, oltre a godere tutti i diritti che possono competere al suddito di un dato paese, egli goda o no eziandío del diritto di concorrere alle funzioni sovrane, prescindendo dal considerare se la sovranità risegga presso una persona collettiva o singolare.

§ 555. Quest'astrazione, propria della natura stessa delle cose, fa sì ch'egli possa con equa ragione trasportare alla cittadinanza politica tutti

gli attributi che convengono tanto al cittadino vivente in una republica temperata, quanto al cittadino vivente sotto una guarentita monarchía. Io non voglio dire con questo che si debbano a buona ragione attribuire alla cittadinanza politica di una republica e di una monarchía tutte le particolari facoltà dell'una e dell'altra; ma voglio dire solamente, che tanto l'una quanto l'altra formano la generica idéa della *cittadinanza politica*.

556. Per lo che, richiamando le cose alle loro somme categoríe, diremo che la cittadinanza in genere si può dividere in due classi: la prima, che fu chiamata *eminente*, si appella propriamente *cittadinanza politica*, la quale altro non è che « la facoltà d'ogni membro di una » data società, o nato o naturalizzato, di concorrere a quelle funzioni » sovrane che la Costituzione o republicana o monarchica dello Stato » attribuì ai membri della società medesima; » la seconda, che fu chiamata *comune*, si appella propriamente *cittadinanza privata*, la quale altro non è che « la facoltà d'ogni membro di una data società politica, » o nato o naturalizzato, di concorrere e di partecipare a quelle funzioni comuni che le leggi politiche e civili attribuirono ai socj viventi » sotto lo stesso Governo, ad esclusione di qualunque altro non oriundo » o naturalizzato. »

V.

§ 557. Tutti questi schiarimenti e queste distinzioni non sono nè inutili nè fuori di proposito pe 'l giureconsulto e pe 'l magistrato. Imperocchè, ricordando noi l'origine delle nostre leggi, e le lunghe vicende per le quali la Ragione civile dovette passare fin quì, troviamo le tracce ed i frammenti, dirò così, i quali per essere ben intesi ed applicati importano la cognizione precedente delle osservazioni e distinzioni fatte sino ad ora.

La Legislazione romana offre da prima le reliquie d'una cittadinanza politica, come offre gli elementi della cittadinanza comune. Presso i Romani era celebre la distinzione del *Romano* e del *peregrino*, la quale corrisponde al *cittadino* ed allo *straniero*. È da notarsi che il *peregrino* era propriamente lo straniero abitante nel territorio romano, diverso affatto dallo straniero abitante fuori dei confini del romano Impero, designato comunemente co 'l nome di *barbaro* (1).

(1) Vedi Gronovio, *Observat. II.* pag. 253. — Heineccius, *Antiquitatum romanarum, Appendix ad Librum I.* § 134.

§ 558. E quì prima d' innoltrarci ad assegnare le differenze fra lo straniero abitante nel territorio ed il cittadino presso i Romani, giova osservare che l'incivilimento delle nazioni non essendo allora spinto al grado di oggidì, e l'Impero romano occupando quasi tutta la parte culta del Continente allora noto; quasi tutte le nazioni poste al di là delle frontiere del romano Impero non offrivano soggetto, nè davano campo a quella reciprocanza di utilità e di commercio che le moderne nazioni europée per il grado della loro cultura ci somministrano. Popolazioni (tranne le frontiere persiane) ancor rozze, e per lo più viventi in uno stato di vita pastorale e assai poco agrícola, non presentavano che uno stato di guerra perpetua, ed incessanti minacce d'invasione. Mancava dunque perfino il subjetto di reciproci trattati di commercio, e molto più di reciproche successioni o stabili eredità, le quali non si possono verificare che in un' epoca molto innoltrata della vita agrícola e commerciale. Niuna Giurisprudenza pertanto poteva esistere nè negativamente nè positivamente, perchè ne mancava il subjetto materiale; e per una correlazione necessaria mancavano le convenzioni delle reciproche successioni fra i sudditi romani e quelli di altre Potenze circonvicine.

Per le quali considerazioni pongasi per primo dato, nel più antico Diritto romano mancare del tutto quel ramo di Ragione civile esterna che riguarda le successioni dei sudditi di due Stati differenti, fondato su i Trattati, e che le nazioni europée da qualche tempo riconoscono esistere fra loro.

§ 559. Posto in disparte questo primo ramo, ragion vuole che il nostro esame si volga ora su l'interno del romano Impero, per rilevare le tracce giunte fino ai giorni nostri, e che in parte servirono e servono all'attuale nostra Giurisprudenza.

§ 560. Sopra fu notata la distinzione fra il *Romano* e il *peregrino*, ossia fra il cittadino romano e lo straniero abitante nell'Impero. Se Roma avesse vissuto sempre sotto l'assoluta podestà di una monarchía non temperata, non occorrerebbe altra distinzione fra il *Romano* e il *peregrino*, che quella che corre oggidì fra il suddito di un Monarca ed un forestiero benchè abitante nel territorio della monarchía. Allora si dovrebbe contemplare una sola specie di cittadinanza; e questa sarebbe quella che appellammo *comune*, tutta propria del suddito ed esclusiva dello straniero, in forza della quale precipuamente lo straniero non sarebbe stato ammesso a succedere all'eredità del suddito al pari dell'altro suddito: meno poi lo straniero abitante sarebbe stato ammesso alla cittadinanza locale, della quale abbiamo già fatto parola (§§ 541-542).

§ 561. Ma la cosa non fu così presso i Romani. Essi tanto sotto il régime dei primi Re, quanto sotto quello della Republica, riunirono in sè la doppia cittadinanza spesso ricordata; talchè rispetto allo straniero abitante nel territorio il cittadino romano offriva la doppia ed esclusiva differenza di socio e di compartecipante alla sovranità. Lo straniero, ossia il peregrino, soffriva per lo contrario la doppia mancanza di cittadino politico e di cittadino comune, per la quale era escluso dal partecipare dei beneficj, dei diritti, e d'ogni altra conseguenza annessa all'una e all'altra qualità.

Conviene perciò ben ritenere questi dati, onde concepire con chiarezza il senso e la forza delle disposizioni che noi abbiamo su l'una e l'altra materia.

§ 562. Siccome però lo straniero abitante nel territorio esercita i diritti d'uomo, ed in fatto quelli di *socio naturale* nella vicendevolezza degli officj della vita e del commercio naturale; così era indispensabile che l'autorità suprema regolasse questi rapporti con savie leggi, e con la instituzione dei Tribunali che facessero ragione tanto fra l'abitante straniero e il cittadino, quanto fra lo straniero e lo straniero. Da ciò si vede che la condizione del peregrino, ossia dello straniero, essendo una privazione di quella del cittadino romano, diveniva una vera pena pe'l cittadino l'essere ridotto alla condizione del peregrino, per la ragione che le privazioni dello straniero importano appunto in gran parte l'effetto della morte civile, come sopra fu osservato.

Ridurre adunque un Romano alla *peregrinità* era lo stesso che condannarlo alla perdita di tutti i diritti della cittadinanza romana, il valor della quale era massimo nella Republica innoltrata, nella quale il cittadino romano vedeva una parte della corona riposare su 'l suo capo.

§ 563. Ma al nostro proposito giova sapere precisamente a che si riducessero i vantaggi ossia i diritti della romana cittadinanza, onde per lo contrario poter conoscere a che si riducessero le privazioni della forensità, ossia della peregrinità.

La piena romana cittadinanza abbracciava, come la nostra, due classi di diritti esclusivi: la prima comprendeva i diritti politici; la seconda i diritti civili.

Il complesso dei diritti della prima classe veniva (da coloro che più correttamente parlano) denominata *diritto di città* (*jus civitatis*). Questa denominazione indicava la facoltà del Romano ingenuo e censito di godere tutti i diritti politici che la Costituzione dello Stato attribuiva al Romano. Il complesso poi dei diritti della seconda classe (dei privati),

ossia la facoltà di godere dei medesimi, veniva con pari esattezza denominata *diritto dei veri Romani* (*jus Quiritum*) (1).

§ 564. Questa doppia denominazione coincide perfettamente con quelle adottate dal Codice Napoleone, dal quale, come fu veduto, la facoltà di godere dei diritti politici fu designata co 'l nome di *cittadinanza* (*jus civitatis*), e la persona fu intitolata *cittadino;* e la facoltà poi di godere i diritti proprj del Francese o dell' Italiano fu denominata *diritto civile francese* o *italiano*, e l' individuo che ne gode fu indicato co 'l semplice nome di *Francese* o *Italiano*, come il Romano veniva indicato co 'l semplice nome di *Romano* o di *Quirite.*

§ 565. Ritenuta questa generale divisione dei diritti politici e dei civili (ossia del *jus civitatis* e del *jus Quiritum*), rimane a vedere che cosa comprendevasi presso i Romani sotto l' una e l' altra rubrica. Quì la risposta deve necessariamente variare a norma delle diverse forme e modificazioni di Governo, sotto il quale nei diversi tempi vissero i Romani.

§ 566. La prima epoca è quella dei Re, incominciando da Romolo, e proseguendo sino a Tarquinio il Superbo: lo che abbraccia uno spazio di 244 anni. Il Governo, sotto cui vissero i Romani durante questo tempo, non fu una monarchía assoluta, ma una monarchía a rigor di termine temperata, nella quale il Re, il Senato (composto di nobili possidenti ereditarj) ed il popolo concorrevano a formare e ad esercitare i publici poteri.

1.° Il Re convocava l'assembléa popolare, ed ivi in primo luogo proponeva una legge. Questa non era riconosciuta come tale, se il Senato non era d'accordo. Così la legislatura stava presso il Re, il Senato ed il popolo, come in alcune moderne monarchíe; con la differenza, che nell'antichità il popolo interveniva in persona, e nei tempi moderni interviene per rappresentanti.

2.° La pace o la guerra si deliberava co 'l consenso del popolo e del Senato, dietro proposizione del Re.

3.° Il popolo eleggeva in caso di vacanza, dietro proposizione e co 'l consenso del Senato, il Re ed i principali magistrati che lo dovevano governare. Questi magistrati dovevano essere presi dal corpo dei Senatori.

4.° Dietro proposizione del Re il popolo deliberava sopra ogni affare publico sottoposto alla sua cognizione.

---

(1) *Duobus vero maxime summis capitibus constitit civitas romana, quorum alterum* jus Quiritum, *alterum* jus civitatis *appellatum est.* Heineccius, *Antiquitatum romanarum, Appendix ad Librum I.* § 23.

5.° Per garanzía poi della persona del cittadino (benchè il potere giudiziario stesse tutto presso il Re, e venisse amministrato in parte da lui, in parte dai Senatori), allorchè trattavasi di giudizj criminali, e specialmente capitali, egli avea diritto di appellare al popolo (1).

6.° Un'altra garanzía tutta abituale, e propria dei tempi, godeva il privato cittadino non patrizio. Egli per l'estrema sua semplicità e per la soverchiante potenza pecuniaria e morale dei Patrizj (che soli possedevano la scienza delle leggi sì civili che amministrative, e l'ordine della procedura, ed amministravano lo Stato), poteva essere soverchiato. Quindi la Costituzione abilitò il plebéo a scegliersi fra i Patrizj uno speciale protettore ossia *patrono*, il quale lo difendesse contro ogni soperchiería che potesse derivare sì da parte dei Patrizj, che degli altri cittadini. Questa relazione di *patrono* e di *cliente*, resa sacra dalla buona fede, e animata da reciproci servigi, fu sanzionata da legge costituzionale (2).

§ 567. Non so se m'inganni; ma parmi che il vincolo del patronato e della clientela, unito a quello della religione, della patria podestà e della militare disciplina, abbia contribuito assai a produrre quella *moderazione*, la quale nelle vive díspute fra la plebe e la nobiltà non ha permesso che prima dei Gracchi si venisse alle mani fra i due ceti della Republica; ma invece il popolo, spettatore e giudice moderato fra i Tribuni ed i Consoli, ha proceduto con una mirabile gradazione di temperamenti, benchè si trattasse del suo interesse, senza effusione di sangue, e senza rovesciare assolutamente le basi fondamentali del Governo.

§ 568. L'epoca nella quale la Costituzione monarchica di Roma ricevette il suo massimo sviluppamento fu il regno di Servio Tullio, come si può vedere in Dionigi d'Alicarnasso (Lib. II.); talchè se Romolo fu il *Re fondatore*, e nelle sue instituzioni vediamo il nócciolo della più perfetta monarchía adattata al luogo, al tempo e alle circostanze d'uno Stato nascente, e di un popolo ancor rozzo e semplice; se Numa fu il *Re morale*, estendendo ed applicando il potere della religione alla morale publica e privata (potere unico e prevalente nell'infanzia delle

---

(1) La legge riportata da Tito Livio sotto il re Tullo (anno 85.) pe 'l giudizio di Orazio è positiva, e non lascia dubio su 'l diritto sotto i Re di appellare al popolo per le sentenze capitali. (Livio, *Storia romana*, Lib. I. Cap. XXVI.)

(2) *Si patronus clienti fraudem fecerit, sacer esto*. Questa legge, conservataci da Servio commentatore dell'Eneide, portava l'effetto, che il patrono dichiarato reo di frode o di soperchiería era scomunicato, e poteva essere ammazzato da chi che sia; tale essendo la forza della formula *sacer esto*. Questa legge fu attribuita a Romolo.

società); Servio Tullio fu il *Re politico*, perfezionando le basi e sviluppando gli ajuti della Costituzione politica dello Stato.

§ 569. Così nel periodo di due secoli si vede la Costituzione monarchica romana nascere, gradualmente svilupparsi, e passare per quelle transazioni che la natura richiedeva. Così Roma fin da principio presentò all'universo lo spettacolo d'un Governo che in sè radunò e sviluppò i veri ed eterni requisiti della potenza dello Stato, indivisibile dalla savia libertà e dal benessere privato.

§ 570. Ai diritti politici sovr'annoverati, costituenti la miglior parte della cittadinanza romana, si aggiungevano i diritti civili, costituenti la seconda classe, denominata *jus Quiritum*. Questo *jus Quiritum*, ossia Diritto civile proprio dei Romani, sotto i Re riguardava tanto le persone, quanto le proprietà. Quanto alle persone, il cittadino romano, se contemplava sè stesso rispetto al Governo ed alla nazione, egli si sentiva libero dalla schiavitù e dall'impero privato dell'altro cittadino; egli poi si sentiva Principe nella sua famiglia. E se le nozze del plebéo non erano consacrate con pari solennità religiosa di quelle del Patrizio, esse però erano canonizzate con un rito meno solenne (1), per cui lo stato delle famiglie plebée godeva sostanzialmente degli stessi diritti e della medesima garanzía di quella del nobile. Il padre di famiglia pertanto era investito come nobile della patria podestà, e d'ogni altro diritto di famiglia. La storia dei Re lo prova.

§ 571. Quanto poi alle *cose*, egli, per un diritto tutto convenzionale alla romana società, aveva il diritto di disporre fra i vivi della libera ed assoluta proprietà (*jus mancipii*) sì mobiliare che immobiliare (anzichè godere d'un mero possesso simile al feudale); quello pure di disporre per testamento; e quello di far suoi i beni con l'uso innocente di un biennio se si trattava di cose immobili, e con l'uso di un anno se si trattava di cose mobili (*usus et auctoritas*, e più tardi *usucapio*) (2).

---

(1) *Plebs a Patribus non honore tantum, sed et sacris discernebatur, cum alia* sacra plebejorum *essent, alia Patritiorum*. Gravina, *De origine juris*, Cap. XLVII.

(2) Se a noi non consta che prima delle dodici Tavole si parli di veruno scrittore del Diritto ipotecario su i beni stabili (*jus nexus*) e dell'*usucapione*, non ne viene però che prima tali diritti non fossero in uso, avvegnachè sapiamo, per espressa autorità di Dionigi d'Alicarnasso, che nelle dodici Tavole furono trasfuse tutte le leggi e le consuetudini che prima reggevano lo Stato di Roma. « Dopo che il Governo monarchico fu abolito (dice Dionigi parlando delle leggi delle dodici Tavole) i Romani giudicarono bene di esporre nella piazza publica, alla vista di tutti i cittadini, *tutte le consuetudini e tutte le leggi della patria*, con le leggi straniere recentemente introdotte. » (*Antichità romane*, Lib. II. Cap. VIII. pag. mihi 59, traduzione di Bélanger, edizio-

Riepilogate ora i diritti politici e civili dei Romani sotto i Re, e rispondetemi se la cittadinanza romana si dovesse o no riguardare come un favore co 'l quale spesso i Romani beneficavano i popoli vinti che i Re incorporavano nella città, i quali resi Romani di spirito, di cuore e di abitudine, venivano poi trapiantati nelle colonie per tenere in fede gli altri popoli conquistati.

VI.

§ 572. Passiamo ora al Governo della Republica. Seguendo tutte le vicende e le acquisizioni che il popolo successivamente fece su i nobili, parmi poter pronunciare che il Governo della Republica romana fu sempre una *mista aristocrazia* più o meno temperata dall' autorità popolare. L' autorità aristocratica fu prevalente nei primi tempi, e gradatamente fu temperata negli ultimi secoli della Republica; ma essa formò sempre il caratteristico essenziale del Governo di Roma. Onde dimostrare questa proposizione convien considerare, che se dalla collocazione del principato ossia del *potere esecutivo* in un solo o in più persone distinguesi comunemente ed estrinsecamente il carattere di uno Stato, e chiamasi o *Regno* o *Republica;* del pari dalla collocazione stessa del principato negli ottimati o nel popolo devesi distinguere una Republica, e chiamarsi *aristocratica* o *democratica.* Questa condizione è talmente assoluta, che si prescinde dal modo co 'l quale può essere temperata la legislatura e la garanzía costituzionale sì legislativa che amministrativa. Questo è così vero, che con lo stesso nome di *Regno* si appellò quello di Spagna, quello d' Inghilterra, quello di Svezia e fin quello di Polonia, benchè in ognuno di questi la superiore autorità legislativa e la garanzía dell' amministrazione fosse variamente divisa e ripartita.

§ 573. E perchè mai a tutti fu attribuito lo stesso nome di *Regno?* Perchè in tutti il potere esecutivo era affidato ad un solo, perchè l' amministrazione suprema dello Stato risedeva in un solo, perchè il principato era sostenuto da un solo. È dunque manifesto che dalla colloca-

---

ne di Chaumont presso Couvot, anno ottavo republicano.)

Con l'abolizione da Servio fatta del carcere privato per debiti, il *nexus* fu ridotto all' ipoteca, ossia al dare stabili in pegno per liberare le persone dal carcere privato. E però io seguo la congettura dell' Heineccio. *Jam sub Regibus cives gaudebant libertate, jure connubiorum patrio, legitimi dominii, testamenti forsan et* NEXUS *atque* USUCAPIONIS. — *Antiquitatum romanarum, Appendix ad Librum I.* § 22.

zione dell'amministrazione suprema si determina la natura del Governo d'uno Stato.

§ 574. Il principio del quale abbiamo usato paragonando il *Regno* con la *Republica*, deve pure adoperarsi paragonando l'*aristocrazía* con la *democrazía*. Quella Republica pertanto dovrà dirsi *aristocratica*, nella quale la suprema amministrazione sta presso il ceto degli ottimati; e quella dovrà dirsi *democratica*, nella quale l'amministrazione sta presso il popolo o i magistrati da lui deputati, e verso di lui onninamente responsabili.

§ 575. Ritenuto questo criterio, io non posso indurmi a pensare che la Republica romana sia mai stata interamente democratica, postochè negli ultimi tempi della Republica, prima della violenta contro-rivoluzione di Silla, veggo i Consoli e il Senato romano amministrare il denaro dello Stato, la forza armata, dare e togliere i comandi delle armate, dirigere tutti gli affari esteri, amministrare tutte le cose di culto, il patrocinio, gli affari di giustizia per mezzo dei Pretori sostituiti dai Consoli (tranne l'appello al popolo), e sopra tutto nelle occasioni difficili creare il Dittatore. Come non riconoscere la suprema amministrazione nei Consoli e nel Senato dotati di tanti poteri, e sopra tutto di quello di sospendere la Costituzione?

§ 576. Nè osta al mio giudizio che anche il plebéo partecipasse ai matrimonj dei nobili, al consolato, ed ai comandi militari e civili; nulla pure osta che il popolo partecipasse alla legislatura, e che a nome suo il Tribuno esercitasse un *veto* legislativo: imperocchè l'abilitazione ad ogni sorta di cariche ed onori non àltera la collocazione del principato, come non viene alterata dal concorso della nazione alla legislatura, e dall'esercizio della garanzía politica e civile.

§ 577. Grave objetto ciò non ostante sorge contro la mia opinione dal vedere che anche negli affari riservati per Costituzione al Senato interveniva l'autorità del popolo ogni volta che il Tribunato interponeva le parti sue: lo che faceva sì che gli affari senatorj fossero devoluti al popolo (1). Ma questa osservazione, valevolissima a mostrarmi che nei tempi innoltrati della Republica l'autorità popolare era molto più prevalente che nei primi tempi, non mi convince ancora che il Governo di Roma sia divenuto mai democratico, perocchè la devoluzione degli affari alla cognizione del popolo non si faceva per regola ordinaria, ma in via solamente straordinaria. Dall'altra parte poi il Senato non agiva come

(1) Vedi Polibio, *Storie*, Libro IV. Capo XII. e seg.

delegato dal popolo, nè era verso il popolo responsabile della sua amministrazione, come un Ministro verso il suo Principe; ma bensì amministrava liberamente per autorità propria ed indipendente affidatagli dalla Costituzione. Solamente negli atti suoi poteva essere straordinariamente o corretta o impedita dall'autorità della nazione, come quella d'un Re in una monarchía costituzionale.

§ 578. Del resto convien confessare che la mistura della democrazía fu spinta co 'l tempo nella Republica romana al massimo segno, senza però togliere giammai al Governo il carattere fondamentale aristocratico. Siami concesso ripeterlo: una prova che vale per tutte fu la facoltà nel Senato di creare il Dittatore con la celebre formula = *darent operam Consules ne quid Respublica detrimenti caperet*, = con la quale si trasportava nei Consoli il più ampio potere, e con la quale essi potevano adunare eserciti, far la guerra, ed ordinare nell' interno tutto ciò che stimavano meglio, senza il concorso dell'autorità popolare (1).

§ 579. Conchiudiamo pertanto, che la Republica romana fu un'*aristocrazía temperata*. Nella sua prima età la dose, dirò così, dell'aristocrazía fu massima; nell'ultima fu minima. In quest'ultima età il potere dell'aristocrazía fu appena bastante a ritenere il carattere essenziale della Republica. Ciò premesso, convien determinare quali fossero sotto la Republica i diritti della cittadinanza romana nelle sue relazioni publiche e private. Questo punto non si può fissare a dovere, se non si segue la storia dello sviluppamento della Costituzione republicana di Roma dal punto nel quale furono espulsi i Re.

§ 580. Se bene addentro consideriamo la storia, troviamo che al principio della Republica furono tolti alla plebe alcuni di quei diritti che aveva acquistati sotto i Re, sia che si considerassero come valide le abolizioni fatte da Tarquinio il Superbo, sia che si considerasse che con la espulsione dei Re fossero abolite anche le leggi fatte a favore del popolo. Prova ne sia, che sotto i primi Consoli si stabilisce come legge nuova l'appello al popolo, benchè tal legge esistesse fino dai tempi di Tullo Ostilio; e prova ne sia il carcere privato contro i debitori, e la vendita della persona canonizzata dalle leggi delle dodici Tavole, benchè tale durezza fosse stata tolta dal re Servio Tullio. Il corso quindi dei tempi republicani si può considerare quasi un rinovamento, o, a dir meglio, una nuova creazione dei diritti de' Quiriti e di città. La loro

(2) Per questa ragione Tito Livio li chiama *extremum et ultimum senatusconsultum*. Lib. III. Cap. IV.

enumerazione cronologica forma la storia della Costituzione republicana di Roma.

§ 581. I. Le prime leggi che dai Consoli e dal Senato emanarono poco dopo la espulsione dei Re, interessavano del pari e il mantenimento della nuova forma di Governo e la libertà politica del popolo.

Ecco come si esprime Tito Livio: *Latae deinde leges, non solum quae Regni suspicione Consulem absolverent, sed quae adeo in contrarium verterent ut popularem etiam facerent.... ante omnes de* PROVOCATIONE *adversus magistratus ad populum: sacrandoque cum bonis capite ejus qui Regni occupandi consilia inisset* (1) (Livio, *Storie*, Lib. II. Capo VII. § 8). Quella che proscrisse la regia autorità era più importante pe' i Patrizj, nelle mani dei quali era allora caduto il supremo potere, che per il popolo, al quale non rimaneva che l'alternativa di servire ai Re o ai nobili. Il mantenere questa legge era un beneficio per il popolo, quando il Governo aristocratico fosse per riuscire più utile per lui che il monarchico: lo che dipendeva dal fatto.

§ 582. L'altra legge era una rinovazione ampliata di quella di Servio Tullio, poichè questa dava l'appello dai giudizj e dalle ordinazioni di qualunque magistrato, *adversus magistratus*, dovechè l'altra era limitata ai giudizj capitali. — Dionigi d'Alicarnasso spiega in una particolare maniera questa legge nei seguenti termini: « Se un magistrato dei » Romani condanna un cittadino alla morte, o ad essere battuto con le » verghe, o a pagare una multa pecuniaria, questo particolare potrà ap- » pellarsene al giudizio del popolo; e fino a tanto che l'appellazione » sussisterà, il magistrato non avrà alcun potere sopra di lui fino a che » il popolo non abbia pronunciato il suo giudizio » (2).

Dal che giova dedurre, che l'appellazione al popolo, della quale parla Tito Livio, riguardava soltanto i giudizj criminali. Così fino dalla più alta antichità si sentì la necessità di guarentire costituzionalmente l'esercizio della giustizia specialmente criminale contro gli eccessi del potere amministrativo.

---

(1) Niuna pena più terribile poteva esistere di questa. *Sacrare caput cum bonis* importava una vera scomunica religiosa e politica. Colui, contro il quale era pronunciata, non solo era infame, ma reprobo, in ira alla Divinità, fuggito da tutti, segregato dal consorzio di ognuno, i di lui beni confiscati, e da ognuno poteva essere ammazzato. Ciò veniva praticato anche da altri popoli; cosicchè Vico ebbe ragione di dire: *Majores gentes a sonte devoto, quem Graeci dixere* anathema, *tamquam a sacro abstinebant, sermonem segregabant, fugiebant contactum, et ex Nemesi sive divina justitia occidebant.* (*De constantia philologiae*, pag. 131.)

(2) Dionigi d'Alicarnasso, *Antichità romane*, Lib. V. Cap. III.

§ 583. Altre leggi grate al popolo accenna Tito Livio essere state fatte; ma quali esse fossero lo storico non lo esprime, e però ci manca la notizia di quei diritti che il cittadino romano acquistò in tale occasione.

Queste leggi non furono dai Patrizj accordate per un sentimento spontaneo di equità, ma furono in certa guisa estorte dal timore del Re espulso, che tentava ogni arte e faceva ogni sforzo per ripigliare il trono perduto. Esse furono una specie di largizione suggerita ai Patrizj dall'amore del loro potere per tenere il popolo in fede, ed allettarlo a vivere sotto all'aristocrazía; e così impegnarlo a non dar retta alle suggestioni dell'espulsa famiglia reale, ed eccitarlo anzi a combattere in favore della nuova introdotta aristocrazía. Senza questa paura i Patrizj non si sarebbero giammai indotti alle concessioni su mentovate, come lo dimostra il séguito della storia, e l'esperienza di tutti i secoli, la quale c'insegna che coloro che sono muniti di potenza non vengono indotti a limitarne i confini che pe 'l solo timore di perdere l'impero.

§ 584. II. Sciolti gli ottimati dal timore del Re, fecero sentire tutto il peso della loro potenza; talchè insufficiente riusciva il sussidio delle prime leggi, anche per mancanza di chi rappresentasse il popolo, e difendesse le persone e la fortuna dei cittadini dalla soperchiería dei Patrizj. Laonde quindici anni dopo l'epoca suddetta il popolo, specialmente vessato nella proprietà e nella libertà personale, si scosse, e venne alla celebre transazione, che cominciò a sviluppare il germe dell'aristocrazía temperata: voglio dire alla creazione del Tribunato. Tito Livio si esprime nella seguente maniera: *Agi deïnde de concordia coeptum, concessumque in conditiones, ut plebi sui magistratus essent sacrosancti, quibus auxilii latio adversus Consules esset; neve cui Patrum capere eum magistratum liceret* (1). Questo fatto viene riportato all'anno di Roma 261. Dionigi d'Alicarnasso riferisce la legge fatta in questa occasione nei seguenti termini. « Niuno costringerà un Tribuno del po-
» polo, come un uomo del comune, a fare qualche cosa a suo malgrado.
» Non sarà permesso di maltrattarlo con percosse, o di farlo maltrattare
» da altri, nè di ucciderlo, o di farlo uccidere. Chiunque avrà fatto
» qualche cosa vietata da questa legge, sia in esecrazione, i suoi beni
» siano consacrati a Cerere: chiunque ucciderà le persone che commi-
» sero un simile delitto non potrà essere inquisito come colpevole d'omi-
» cidio » (2).

---

(1) *Storia*, Lib. II. Cap. XXXIII. § 33. — (2) *Antichità romane*, Lib. VI. Cap. IX.

§ 585. I moderni sogliono pensare che con la creazione dei Tribuni il popolo romano abbia ottenuto una semplice garanzía legislativa; ma più attentamente considerando le cose, si trova che si aggiunse anche uno smembramento dell'autorità amministrativa che fino allora risedeva nel Senato. La prova di ciò la ricaviamo dalle seguenti considerazioni. Prima di tutto dalle parole di Tito Livio si può rilevare che ampia fu l'autorità impetrata a favore dei Tribuni, perocchè essa si estendeva a proteggere indefinitamente la plebe contro i Consoli. *Quibus auxilii latio adversus Consules esset*, dice lo storico: lo che índica assai chiaramente che l'autorità tribunizia, lungi dal limitarsi ad interporre le sue parti nelle *deliberazioni* del Senato, si estendeva eziandío alla parte esecutiva e precisamente amministrativa della Republica, la quale appunto era affidata ai Consoli.

§ 586. Una prova più speciale poi la ricaviamo dal seguente passo di Dionigi d'Alicarnasso: « In séguito (egli dice) i plebéi domandarono » al Senato la permissione di eleggere ogni anno due plebéi per solle- » vare i Tribuni in tutte le cose nelle quali avessero bisogno di ajuto; » per giudicare le cause che i Tribuni stessi a loro rimettessero; per » aver cura degli edificj sacri e publici; per vegliare alla comodità dei » viveri, e per fissare la tassa su le vittovaglie. Il Senato avendo accor- » data questa permissione, essi crearono dei magistrati, che in allora » denominarono *ministri sostituiti*, e giudici subordinati ai Tribuni; ma » oggidì vengono chiamati *Edili* nella lingua dei Romani, vale a dire » sovraintendenti agli edificj sacri, nome ch'è preso da una delle loro » funzioni; ed essi hanno, come altre volte, un'autorità subalterna e di- » pendente da quella di altri magistrati superiori: la loro giurisdizione » si estende sopra parecchie cose importantissime; essi rassimigliano » assai ai magistrati che noi Greci chiamiamo *Agoranomes*, ossia Giu- » dici di Polizía » (1).

§ 587. A chiunque non ignora la storia è noto che negli Edili si concentrava tutta l'amministrazione economica e politica interna (2). Ma se

---

(1) *Antichità romane*, Lib. VI. Cap. IX.

(2) Leggendo gli storici, e particolarmente quanto fu raccolto da essi presso Gravina (*De ortu et progressu Juris civilis*, Capo XXXIX.), e dall' Heineccio (*Antiquitates romanae*, Lib. I. Tit. II. § 25. 26), rilevasi che presso gli Edili stava l'autorità di provedere alla sussistenza della città, e di stabilire il prezzo delle vittovaglie, come abbiamo già riferito con Dionigi d'Alicarnasso; di vegliare alla conservazione e ristaurazione delle strade publiche, alla sicurezza e tranquillità della città, al buon ordine della piazza e dei mercati, decidendo anche le questioni che potessero insorgere su la qualità e bontà delle cose vendute, e su i contratti fatti:

questa magistratura non era che una subalterna sostituzione ed un ministero di semplice ajuto del Tribunato, egli è più che manifesto che nelle attribuzioni del Tribunato medesimo eminentemente racchiudevasi anche l'amministrazione economico-politica della città; e che per conseguenza con la creazione del Tribunato fu stabilito che quest'amministrazione fosse indipendente e staccata dall'amministrazione ordinaria del Senato e dei Consoli. Per la qual cosa uno degli articoli fondamentali della Costituzione della Republica romana fu, che l'amministrazione economico-politica interna fosse staccata ed indipendente dall'amministrazione suprema dello Stato, affidata ai Consoli e al Senato.

§ 588. Questa indipendenza fu tanto più rimarcabile e plenaria, quanto più egli è certo che gli Edili non solamente avevano un'autorità puramente esecutiva e subordinata alle leggi, come i nostri Prefetti e Capi delle Municipalità; ma erano di più rivestiti d'un'autorità legislativa e giudiziaria nelle materie di loro competenza, perocchè avevano il diritto di fare editti per loro autorità, e di giudicare nelle materie di loro competenza tutte le cause che insorgevano, come ne fanno fede gli scrittori di romane antichità.

§ 589. Conducendo pertanto il discorso al nostro proposito, si deve dire che « fra i diritti publici del cittadino romano si debbono annove-
» rare quelli d'intervenire, mediante i suoi rappresentanti, in tutte le
» deliberazioni legislative ed amministrative che si prendevano nel Se-
» nato; ed inoltre d'essere regolato e giudicato in tutte le parti dell'am-
» ministrazione economica e politica interna da magistrati particolari
» presi dal ceto de' plebéi e nominati dal popolo, indipendentemente
» dall'autorità del Senato e dei Patrizj. »

§ 590. Se vogliamo esser giusti dobbiamo confessare che quest'ultima parte era una lesione, anzi uno smembramento dell'autorità strettamente amministrativa, e che quindi il Governo, in quanto all'amministrazione economica e politica interna, non si poteva dire più aristocratico, ma dovevasi appellare *democratico*. L'aristocrazía pertanto si riduceva alle relazioni di Stato sì interne che esterne, ed all'ammini-

---

essi erano pure incaricati della conservazione e della polizía dei locali publici e dei tempj. Avevano la polizía delle persone dei cittadini; ed erano incaricati di osservarne le spese, i costumi e la decenza, notando tutti i loro fatti e detti. Ad essi pure era comandata la ispezione particolare su le taverne, su i lupanari e su le prostitute, alle quali non era permesso la prostituzione sotto gravi pene, se non avevano notificati i loro nomi agli Edili. Queste ed altre simili incumbenze dinotano chiaramente che tutta l'amministrazione economico-politica interna stava presso i medesimi.

strazione della giustizia specialmente civile. Questo ramo, che la forza delle circostanze fece distaccare dall'autorità consolare succeduta a quella dei Re, fu con accorgimento e premura ritenuto sempre dai Patrizj nella persona dei Pretori. Con la Pretura in genere venne anticamente designato l'ordine giudiziario. E se il Pretore delegava giudici subalterni, questi non avevano altra autorità, che quella che loro era stata trasmessa.

§ 591. III. Un' osservazione [1] per altro importante al diritto del cittadino è quella della publicità dei giudizj sì civili che criminali, per la quale s'induceva una specie di garanzía almeno contro ogni soperchiería di procedura. Questa publicità era considerata come parte dei diritti politici e della libertà del cittadino romano; di modo che gli storici, riferendo la condotta di Tarquinio il Superbo, qualificarono come atto di tirannía l'essersi arrogato il diritto di giudicare in camera, ossia dentro il suo palazzo, le controversie dei cittadini, contro la consuetudine contraria, sempre mantenuta, di giudicare e decidere le cause in publico.

E quì non posso a meno di far osservare, che gli scrittori che parlarono della libertà del cittadino romano, ossia delle prerogative personali annesse al diritto di cittadinanza, non fecero menzione alcuna del diritto d'essere sentito e giudicato publicamente per guarentire almeno la regolarità dei publici giudizj civili e criminali.

§ 592. IV. Oltre la publicità, è osservabile l'ordine e le persone che dovevano pronunziare i penali giudizj, come cosa connessa strettamente con la politica Costituzione. Nella prima epoca della Republica romana fu stabilito che non si potesse giudicare della vita, della libertà, dell'onore, della cittadinanza e della famiglia d'un Romano, senonchè con quella stessa solennità con la quale si trattavano gli affari più importanti della Republica, e si creavano i magistrati: vale a dire, se non che nell'adunanza del popolo congregato nei comizj centuriati. *De capite civis romani nisi per maximum comitiatum ne ferunto*, dice la legge delle dodici Tavole. Sotto la frase *de capite* è noto comprendersi le cose sopra espresse [2].

§ 593. Sottoposti i giudizj di maggior criminale al popolo, era naturale che dallo stesso dovessero essere nominati coloro ai quali portar

---

(1) Parmi che si debba leggere *institu-zione*. (DG)

(2) *Capitis autem appellatione, vita, libertas, civitas, familia et aestimatio continetur, ut patet ex pluribus Ciceronis locis.* Cujaccius, *Observat. XV.* Cap. XIII. Gravina, *De jure naturali et XII. Tabularum*, Cap. LXXV.

le accuse, e che dovevano regolare le procedure e presiedere ai giudizj. Senza di ciò non sarebbe stato tolto il pericolo che si voleva evitare. Quindi la legge delle dodici Tavole ordinò: *Quaestores, qui de rebus capitalibus quaerant, a populo creantur.*

§ 594. Queste leggi, unite a quella dell'appellazione al popolo per le altre sentenze afflittive e pecuniarie, formavano propriamente la garanzía costituzionale del cittadino, senza della quale i Patrizj, mediante i giudizj penali, avrebbero soffocato l'esercizio dei diritti politici di lui che rivestiva la doppia qualità di suddito e di partecipe del sommo impero. Nei Governi rappresentativi questa garanzía è ristretta a quei soli che concorrono nell'esercizio dei supremi diritti della nazione, e a proporzione del tempo che dura questo esercizio.

§ 595. Pertanto fra i diritti politici del cittadino romano devesi annoverare quello d'essere giudicato dal popolo, quando si trattava della vita, della libertà, dell'onore, dei diritti di famiglia e di cittadinanza. Quando poi si trattava di pronunciare altre pene, egli aveva diritto di essere giudicato dai giurati con le forme più liberali che si potessero imaginare. La procedura criminale romana, ben considerata nelle sue relazioni tanto di ragione naturale, quanto di ragione politica, era la più perfetta che si potesse imaginare per un popolo libero ch'esercitava molta parte della sovranità.

§ 596. Riunendo pertanto tutto quello che appartiene all'amministrazione della giustizia criminale, si può conchiudere essere stato principio costituzionale della Republica romana, che = il potere giudiziario criminale fosse diviso ed indipendente dal potere amministrativo, e che il cittadino romano avesse diritto d'essere publicamente giudicato o dal popolo nei casi più gravi, o da un corpo di giurati liberamente eletti, con facoltà di rigettarne un dato numero nei casi meno gravi. =

§ 597. V. In questa parte il plebéo era pari al nobile, com'era pari al cospetto delle leggi. Imperocchè altro principio fondamentale della Costituzione della Republica romana fu, che la diversità dei ceti o delle persone non potesse indurre diversità di legge o di giudizj; ma che dovessero essere eguali per tutti, e tutti i cittadini dovessero essere eguali in faccia alla legge e alla giustizia. Da questo generale principio emanò il divieto ad ogni magistrato di stabilire privilegi sì favorevoli che odiosi, e che questi non potessero emanare se non dal popolo radunato nei solenni comizj. *Privilegia ne irroganto nisi maximo comitiatu.*

§ 598. Da queste considerazioni deriva la conseguenza, potersi annoverare fra i diritti politici del cittadino romano l'eguaglianza generale

di diritto in faccia alle leggi e alla giustizia; dal che derivava necessariamente la civile libertà fra cittadino e cittadino, foss'egli nobile o pure plebéo.

§ 599. Questo beneficio però, accordato in massima, riesce puramente speculativo se praticamente non si promulgano le leggi quando fa bisogno e secondo il bisogno. Convien confessare che, durante la Republica romana, a questa parte non potè essere proveduto convenientemente. I nobili, sommamente tenaci del loro potere arbitrario, erano ritrosissimi a provedere con leggi eque ai bisogni della ragione civile e della comune amministrazione; talchè conveniva al popolo uno sforzo, co 'l quale strappare di mano, dirò così, al nobile una legge di comune utilità e giustizia. La cosa si ridusse a tale, che, tranne una prima legge popolare fatta dai primi Consoli per tenere in fede il popolo contro le suggestioni dei Tarquinj espulsi, e tranne le leggi delle dodici Tavole, per le quali tanti anni si era combattuto onde frenare l'autorità regia dei Consoli, noi non troviamo nessun'altra legge di tutela civile emanata dal Senato. Fu quindi forza al popolo di arrogarsi l'autorità legislativa in supplemento, onde provedere co' i plebisciti alla ragione civile comune e publica. Da ciò venne il fenomeno politico osservato e comprovato dal celebre Vico co' i seguenti termini: *Quare, constans regula sit, tribuniciis legibus aliquam potentium injuriam fecisse locum, aut adversus eorundem arcanum aliquod potentiae obviam itum esse* (1).

Al contrario noi osserviamo che per parte del Senato furono proposte ed ottenute molte leggi, le quali tutte tendevano a conservare la prerogativa dei Patrizj, senza che per loro spontaneo impulso siane stata proposta alcuna che tendesse a pareggiare il diritto, non dico politico o publico, ma il civile, fra la nobiltà ed il popolo.

§ 600. Questa difficoltà, che nasceva dalla posizione naturale del ceto dei nobili co 'l ceto de' plebéi, co' i quali gl'interessi civili si trovavano tanto mescolati, veniva in parte superata con gli editti dei Pretori, i quali per una via bensì indiretta, ma la più efficace, supplivano alla Legislazione, dando azioni ed eccezioni anche nei casi non contemplati dalle leggi generali. Conviene per altro confessare che scarso era il vantaggio che il popolo ne ritraeva, o almeno ritrar ne doveva: sì perchè i Pretori, tratti sempre dalla classe dei nobili, agivano dietro lo spirito di corpo che li animava; sì perchè il metodo, ond'esercitare le azioni,

(1) *De uno universi juris principio et fine uno*, Cap. CLXXIII.

era un arcano serbato al corpo dei nobili; e sì perchè finalmente la Giurisprudenza, ossia l'arte d'applicare le leggi e gli editti ai casi concreti, era una scienza privativa ai nobili medesimi. Per le quali cose fu già osservato da tutti gli scrittori delle leggi romane, che la Giurisprudenza, durante la Republica, era rigida, magra, e scrupolosamente dipendente da forme materiali; talchè in tutto e per tutto spirava quella predominante tenacità che animava i Patrizj a non accomunare la loro sorte co 'l popolo, e portava l'impronta di quella gelosa cupidigia di dominio, tanto più oppressiva ed estesa, quanto minore era la distanza fra chi comandava e chi serviva, e quanto più frequente era la collisione dei privati interessi dei due ceti.

§ 601. Tolta di mezzo questa compressione, non è meraviglia se sotto gl' Imperatori la Giurisprudenza abbia acquistato quella morbidezza e quella più raffinata equità che la ragione richiedeva; e così siasi verificata l'osservazione: essere in origine la ben ordinata Republica lo stato nel quale si genera, dirò così, la ragione civile e politica; e la monarchía lo stato nel quale si perfeziona e si mantiene.

§ 602. Ciò però non potevasi verificare se non mediante penose e perpetue transazioni fatte dalle due potenze contrastanti dentro certi confini, come accade nel mondo fisico. La moderazione nei contrasti, ed il continuo progresso nell'incivilimento di Roma, non condannata a rimanere in fasce da una rigida Costituzione, furono i due grandi elementi, o, a dir meglio, i due precipui motori che crearono quella Ragione civile e publica, alla quale l'Europa deve la sua preminenza su tutte le altre nazioni della terra. La vita degli Stati è una continua rivoluzione; ed è per questa ragione che Bacone disse, che il massimo innovatore è il tempo. — Ma dall'altra parte è pur vero che le rivoluzioni fatte dalle umane passioni, quando hanno per motivo la necessità, possono esser fatte con moderazione: lo che non si verifica quando sono fatte solo per timore; perocchè havvi un confine a soffrire, e niun confine havvi a temere.

§ 603. Applicate questo gran principio allo stato del popolo romano; computate tutti i vincoli, specialmente morali e sociali, dai quali era frenato; ponderate tutte le ingiurie che il popolo soffriva dai Patrizj; riassumete la considerazione di non essere stato circoscritto da una Costituzione fissa che lo condannasse sempre all'infanzia: e voi troverete la soluzione del grande problema dell'origine e del successivo incremento della publica e privata Legislazione solo presso i Romani, e non presso a verun altro popolo della terra.

§ 604. VI. Altro beneficio della romana cittadinanza acquistato co 'l tempo dal popolo fu quello d'essere sottratto dal carcere privato, e di non servire più come schiavo al creditore, lasciando allo stesso la mera azione reale sopra i beni (1). Questo beneficio fu prima accordato al cittadino romano sotto il regno di Servio Tullio: ma con l'abolizione delle eque leggi di quel Re fu tolto, e ristabilito il barbaro diritto del carcere privato del debitore: diritto così rigidamente mantenuto dai potenti, che venne sanzionato ed aggravato di più con le leggi delle dodici Tavole; e solamente dopo molti contrasti fu abolito nel quinto secolo di Roma, vale a dire nell'anno 419, dopo che la plebe aveva acquistato diritto a tutte le magistrature, a tutti gli onori, e perfino ai matrimonj con le donne patrizie: tanto è vero ciò che osserva il celebre Machiavelli, che le contese che riguardano i beni sono le più ostinate. Così il popolo romano, solamente dopo aver conquistata la libertà politica, ottenne la libertà civile, ossia personale, in materia di debiti pecuniarj. L'importanza di questo diritto, formante un elemento della cittadinanza romana, fu sentita da Tito Livio allorchè lasciò scritto: *ob impotentem unius vincti injuriam, ingens vinculum fidei victum est; eoque anno aliud* INITIUM LIBERTATIS *extitit.* Per la qual cosa fra gli elementi della cittadinanza romana dobbiamo annoverare la libertà civile del debitore.

§ 605. VII. Personale al cittadino romano era pure il diritto di non essere battuto con le verghe, come lo schiavo. Gli odierni discendenti dei Romani reputano cosa ignominiosa l'essere trattati co 'l bastone. Questo sentimento tra i Quiriti, come fra noi, passò nelle leggi: come ne fa fede in Italia il Codice dei delitti e delle pene; e fra i Romani, tra gli altri, Cicerone nella quinta Orazione contro Verre. Il sentimento della propria dignità è sempremai prezioso in una nazione, e forma uno dei principj delle azioni gagliarde e generose.

§ 606. VIII. Ciò che abbiamo detto del diritto del cittadino romano di non essere percosso come lo schiavo, si verificò pure rispetto alla procedura criminale, nella quale il cittadino romano era sottratto dalle torture, a cui era soggetto lo schiavo, sì per manifestare la verità e sì per avvalorare i suoi detti. Al cittadino romano bastava la sua deposizione, senza l'assurdo criterio della forza dei muscoli e dei tormenti. — Pongasi dunque fra il novero dei diritti componenti la cittadinanza ro-

---

(1) *Ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur, pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse.* — Tito Livio, Lib. VIII. Cap. XXVIII. — Varro, *De lingua latina,* Lib. VI. Cap. V.

mana la esenzione dalle torture applicate agli schiavi nelle criminali procedure (1).

§ 607. IX. Il cittadino romano trasse un nuovo ajuto sotto la Republica, per la garanzía della libertà personale, contro gli arbitrj dei potenti. Imperocchè se prima egli godeva del diritto di provocare al popolo, questo diritto rimaneva spesso frustrato per mancanza di persone che fossero rivestite di autorità e ne provocassero i suffragi. Per lo contrario, instituita la tribunizia autorità, il cittadino oppresso invocava in suo ajuto l'autorità dei Tribuni, i quali solevano prestare il loro soccorso, nè soffrivano che al cittadino fosse recata ingiuria, o facevano sì che venisse riparata. Piena è la storia romana di esempj, nei quali i Tribuni praticarono l'uno e l'altro officio, ed insigni servigi prestarono di giustizia e di tutela verso i privati, come da parecchi esempj riportati da Valerio Massimo si può conoscere (2).

§ 608. Dalle quali cose si può rilevare che la protezione tribunizia si estendeva a tre somme relazioni publiche, e in tutte tendeva a guarentire il cittadino: 1.° nella Legislazione e nelle alte deliberazioni di Stato; 2.° nelle relazioni economico-politiche interne; 3.° nelle relazioni tra cittadino e cittadino, e fra il cittadino ed il magistrato subalterno.

Al nostro proposito però conviene notare, che fra i diritti componenti la cittadinanza romana devesi annoverare l'assistenza tribunizia invocata in ogni occasione, nella quale la libertà o la sorte del cittadino fosse lesa o minacciata.

§ 609. X. Esclusivo co 'l progresso del tempo fu al cittadino romano il diritto d'imparentarsi con le famiglie patrizie; ed esclusivo pure il diritto dei matrimonj fra i soli cittadini, senza che verun altro potesse partecipare di questo diritto. Con ciò veniva impedito che lo spirito nazionale si stemperasse. Insigne è l'esempio dei Campani, i quali avendo conseguito molta parte dei diritti della cittadinanza romana, da poi impetrarono *ut sibi cives romanas ducere uxores liceret, et si qui prius duxissent, ut habere eas, et ante eam diem nati*, JUSTI *sibi liberi haeredesque essent* (3). Da questo passo di Livio si vede che la legitimità della successione si faceva dipendere dalla legitimità del matrimonio; cosicchè *justi liberi et haeredes* si consideravano quei soli che nascevano da un matrimonio autorizzato dalle leggi, senza che fosse necessario d'implorare i solenni auspicj serbati ai matrimonj dei nobili

(1) Veggasi Asconio Pediano su l'Orazione Corneliana di Cicerone.

(2) Lib. VI. Cap. V.

(3) Tito Livio, Lib. XXXVIII.

romani, i quali certamente non potevano essere implorati nè accordati ai cittadini della Campania. Questo sia detto a disinganno di coloro che, trascinati dalle ingegnose e alquanto fantastiche induzioni del Vico, condannano la plebe romana, anche sotto la Republica, ad una condizione incompatibile con tutti i rapporti civili e politici di quello Stato.

§ 610. XI. Fra i componenti la cittadinanza romana gli scrittori sogliono annoverare il *dominio reale*, o, a dir meglio, i modi particolari autorizzati presso i Romani, co' i quali si acquistava e riteneva il dominio delle cose. Ma io non so vedere quale beneficio speciale ne traesse il cittadino specialmente nei tempi più antichi, ne' quali la contrattazione dei beni si trovava vincolata a molte incomode e materiali cerimonie e solennità; dimodochè se i reali dominj, che ne derivavano, non erano sicuri che mediante l'osservanza di tali formalità, altro risultato non ne traeva veramente il Romano, che quello di un maggiore incomodo nelle private contrattazioni delle cose. — Se dunque gli scrittori ci vogliono dire che presso i Romani si usavano certe speciali solennità, non praticate presso le altre nazioni, io accorderò volentieri che questa parte di diritto civile fosse tutta propria del Romano; ma se poi nella pratica di queste solennità volessero ravvisare un privilegio del cittadino romano, risponderei che, ben lungi dal considerare questa particolarità come un beneficio, io la riguardo come un incomodo, che co 'l tratto del tempo fu saviamente tolto dall' imperatore Giustiniano.

§ 611. E perchè più chiara apparisca la cosa, conviene notare che la distinzione fra il dominio *quiritario* e il dominio *bonitario* non colpiva la sostanza del diritto, ma la semplice apparenza derivante dall'osservanza o inosservanza di quelle estrinseche formalità che la primitiva età ancor rozza e materiale aveva introdotto per assicurare e far fede di un contratto reale seguìto fra due cittadini. Pertanto l' oggetto proprio ed immediato, di cui si trattava, non era la *realità*, ma la sola *legalità fattizia* dell' atto seguìto. Questa legalità risultava e doveva risultare dalla visibile osservanza delle vecchie formule; come, per esempio, dall' uso della bilancia nel verificare la quantità della moneta, dalla presenza di cinque testimonj nella data formula d' interrogare e di rispondere, e da altre tali cose: talchè, usandosi tutte queste forme, si dava una certa e legale esistenza all' atto seguìto; all' opposto, mancando tali forme, l'atto diventava dubio, e soggetto a controversia. Il diritto pertanto di dominio, che doveva essere l'effetto di quest'atto, diveniva o fermo o dubio, a misura dell'osservanza o inosservanza delle prescritte formalità. Quando il dominio nasceva dalla piena osservanza delle forme autenti-

che, esso diventava *jus optimum*, *jus certissimum*; e questo appellavasi *dominio quiritario*, perchè acquistato o trasmesso con le forme usate dai Quiriti, e da essi riconosciute come autentiche, o pure producenti piena forza dell'atto seguíto: quando poi l'atto si celebrava senza il vincolo di tutte queste formalità, ma ciò non ostante, considerando il consenso delle parti, si vedeva che l'intenzione era stata di trasmettere e rispettivamente acquistare il dominio di una data cosa, e il fatto stesso della tradizione e del rispettivo possesso vi corrispondevano; in tal caso il dominio che ne derivava, benchè si considerasse soggetto a controversia, perchè l'atto della trasmissione non era stato munito di tutte le forme autentiche, ciò non ostante era riputato operativo del pieno suo effetto, perchè in linea di ragione e di naturale diritto era intervenuta la volontà del padrone che alienava, e la capacità dell'acquirente che riceveva e possedeva. In questo secondo caso si verificava il *dominio bonitario*, il quale sebene meno certo estrinsecamente, era però operativo intrinsecamente al pari del *quiritario*, attesochè trasmetteva egualmente la pienissima proprietà della cosa, ed era inviolabile per ragione naturale e civile al pari del *quiritario*.

§ 612. Ecco la vera differenza fra l'una e l'altra specie di dominio, come già espressamente avvertirono i profondi eruditi che ne parlarono dietro la distinzione fatta da Teofilo (1). Così la differenza fra l'una e l'altra specie di dominio essendo unicamente fondata sopra una pura differenza di formalità nell'acquistare la proprietà delle cose, a buona ragione fu tolta da Giustiniano in un tempo, nel quale facendosi prevalere la ragione naturale, conveniva sottrarre le contrattazioni dallo speciale ristretto rigore delle antiche formule e cerimonie romane.

§ 613. Io ho creduto di entrare in questa spiegazione a disinganno di coloro che possono essere stati tratti in errore dal Vico, il quale confonde il dominio bonitario con le tenute feudali, nelle quali il diretto dominio sta presso il concedente, e l'utile sta presso il concessionario (2).

Ciò che ha tratto in inganno il Vico sembra essere stata l'osservazione dei commentatori del Diritto romano: cioè che nell'atto che il compratore aveva il dominio bonitario, il venditore riteneva il dominio quiritario. Ma se Vico avesse profondamente esaminata la cosa, avrebbe

---

(1) Brissonio, *Antiq.* Lib. IV. Cap. XXII. — Sigonio, *De antiquo jure civili romano*, Lib. I. Cap. XI. — Bynkershoek, *De re mancip.* Lib. IX. pag. 131.

(2) *Talis naturae erant* bonitaria dominia, *quales hodie sunt in re beneficiaria, quae dicuntur* tenutae feudorum, *quae meri sunt facti.*

Vicus, *De uno universi juris principio, etc.* Cap. CXXIX.

scoperto che questa divisione di dominio non era applicata alla realità del diritto (come nell' enfiteusi e nei feudi), ma era applicata alla forza della solennità del contratto. L'argomento dei Romani era il seguente. Il compratore che non usò delle forme solenni stabilite non acquistò legalmente il dominio di una data cosa, perchè all'osservanza di queste forme la legge ha legato il trapasso della proprietà: dunque il dominio si deve considerare esistere ancora presso il venditore. Ma dall' altra parte è pur vero che il venditore cedette e consegnò per un dato prezzo la cosa sua al compratore: dunque si deve conchiudere ad un tempo stesso, che, secondo il Diritto quiritario, il dominio risegga ancora presso il venditore, come se non lo avesse ceduto giammai; e che lo stesso dominio sia presso il compratore, perchè veramente fu a lui ceduto, e la cosa fu consegnata.

§ 614. Ma con questo contrasto di presunzione legale e di verità di fatto non si decomponeva il dominio come nell' enfiteusi, nell' usufrutto e nel feudo; ma tutto intiero si considerava esistere tanto presso il venditore, quanto presso il compratore. Presso il venditore per finzione di diritto, cioè stando alla forza delle forme positive stabilite; presso il compratore poi stando alla verità del fatto. Quindi doveva prevalere, come prevaleva in pratica, questo secondo: *Uno eodemque tempore* (*servus venditus*) *duorum erat dominorum. Ulpianus*, § 6. *Unius tamen horum dominii effectus altero potior erat: nam servus quidquid adquirebat, suo domino bonitario adquirebat, idest ei in cujus bonis erat, non ei qui jus dominii habebat jure Quiritum. Unde cum nomen inane jus quiritium esse; merito sublatum* (1).

§ 615. La conferma di questo schiarimento si trae in primo luogo dalla proposizione assoluta degli antichi giureconsulti, con la quale d'accordo affermarono che tanto co 'l bonitario, quanto co 'l quiritario, si designava tutto il dominio reale; nè si distinguevano che per un aspetto figurato dalla mente, senza per altro intenderne la realità. In secondo luogo la conferma si trae dal fatto dell' imperatore Giustiniano, il quale abolì questo dominio quiritario, come una finzione ed una sottigliezza, anzi come un vero enigma. *Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos, vel nudum* ex jure Quiritum *nomen, vel tantum* in bonis *reperitur: quia nec hujusmodi volumus esse distinctionem;* nec ex jure Quiritum *nomen, quod nihil ab* AENIGMATE DISCREPAT, *nec*

---

(1) Gottofredi ad Tit. Cod. *De nudo jure Quiritum tollendo.*

unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum est, et superfluum verbum .... sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus, sive servi, sive aliarum rerum ad se pertinentium (dice l'imperatore Giustiniano, Cod. Tit. *De nudo jure Quiritum tollendo*). Di fatto qual maggiore enigma si può imaginare di quello di due padroni, l'uno di puro nome, l'altro di fatto e di diritto della stessa cosa? Qual titolo più vano di quello del dominio quiritario, dal quale il preteso padrone non ricavava nè poteva ricavare verun emolumento, ma tutto veniva goduto dal padrone di fatto che possedeva la cosa? Ciò non potevasi certamente verificare se il dominio quiritario avesse rassimigliato a quello dell'infeudante, e il bonitario a quello del vassallo. Ognuno intende che cosa è un possessore ed usufruttuario co 'l vincolo almeno della reversione del fondo. Nel feudo il dominio diretto e la proprietà stanno presso il signore; il possesso e il godimento stanno presso il vassallo. Mai Giustiniano avrebbe potuto trattare di enigma e di vani nomi queste idée; perocchè nella Legislazione giustinianéa vediamo conservato il doppio dominio enfiteutico. Una terza conferma, che smentisce la pretesa identità del dominio bonitario con la tenuta feudale si è, che il Jus feudale non si può verificare che su le cose immobiliari, dovechè il bonitario e rispettivamente il quiritario facevansi valere tanto su le cose immobiliari, quanto su le mobiliari.

§ 616. Se piacesse di trovare presso i Romani il dominio feudale voluto da Vico, esso si riscontrerebbe nel Jus provinciale, in forza del quale la Republica romana era considerata come vero signore delle terre, e i popoli delle Provincie come tanti vassalli, presso i quali non stava la proprietà, ma solamente il possesso conceduto dal conquistatore. Questa idéa è la più ovvia e grossolana che cader possa in mente di qualunque rozzo conquistatore; e ad abolirla sono stati necessarj presso di noi tanti secoli, mentr' essa predomina ancora in tante parti d'Europa, ed inclusivamente in Inghilterra, dove forma la base massima del Diritto civile di quella nazione: base che invano fu eretta in teoría dall' Harrington.

§ 617. Dalle cose discorse fin quì risulta chiaramente, che il dominio quiritario, preso come contraposto o come cosa distinta dal bonitario, essendo un'ombra senza realità, un nome senza la cosa, una finzione senza il titolo effettivo; e per lo contrario il bonitario essendo una cosa reale co 'l suo frutto, un nome con la realtà, un fatto accompagnato da diritto effettivo; non potè servire a fondare e ad autorizzare presso i Romani e fra i Romani, cioè fra cittadino e cittadino, la più assurda

delle possessioni, qual è la feudale, nella quale pochi fossero i padroni, e tutti gli altri fossero servi e non proprietarj. Questo diritto, introdotto dalla sola forza dei conquistatori che fanno sue le terre occupate, e quindi schiavi o servi i proprietarj, fu per la felicità dei tempi abolito interamente in Francia ed in Italia. Tale diritto era assolutamente incompatibile con una Costituzione equa e ragionevole, specialmente repubblicana, e con ogni altro principio di naturale Diritto fra cittadino e cittadino. A sradicare un tale diritto sarebbe stata necessaria la più accanita e sanguinosa guerra civile, preceduta da violenti dispute: dicasi di più, l'abolizione non si sarebbe potuta ottenere che con la sovversione totale della Republica. Ora la storia romana non accenna nè meno un diverbio su l'assoluta proprietà dei beni posseduti dai popolari.

RAPPORTO E PROGETTO

DI

DECRETO DELLA CORTE DI CASSAZIONE DEL REGNO D'ITALIA

SOPRA

LA MATERIA DELLE RINUNZIE DELLE DONNE

ANTERIORI AL CODICE NAPOLEONE

E

MEMORIA

DI GIANDOMENICO ROMAGNOSI

CONTRO I DETTI RAPPORTO E DECRETO

CON

LA PROPOSIZIONE DI ALTRO DECRETO IN SÌ FATTA MATERIA

RAPPORTO E PROGETTO

DELLA

CORTE DI CASSAZIONE

REGNO D'ITALIA

Milano li 30 Giugno 1812.

A Sua Eccellenza il sig. Conte Senatore Gran-Giudice
Ministro della Giustizia.

La Corte di Cassazione.

§ 618. Vostra Eccellenza ha richiamata l'attenzione della Corte su l'argomento delle rinuncie fatte dalle donne, eccitandola a vie più internarsi nell'esame del loro intrinseco valore e dei loro differenti rapporti, *affinchè questo tèma debba essere disciplinato con le prescrizioni di un Decreto apposito.*

Per soddisfare a questo nuovo incarico riunitasi la Corte in assembléa generale, si applicò a svolgere e ad approfondire l'argomento in discorso ne' suoi differenti rapporti. Dopo lunghe discussioni, ebbe a convincersi sempre più che, posta l'esistenza della Legge 6 Termidoro, anno V., non convenga emettere, almeno su la massima, una nuova disposizione, e che il solo articolo 7. di detta Legge debba erigersi in Decreto apposito per fissare la sorte di simili rinuncie.

Partendo da questo principio, si è creduto di dover procedere con la massima circospezione nella scelta delle discipline, astenendosi da quelle che tendano a regolare dei casi speciali, potendo bastare in senso della Corte alcune semplici dichiarazioni o schiarimenti di qualche dubio di massima, onde facilitare l'intelligenza e l'applicazione del predetto articolo di Legge, ed ottenere la maggiore possibile uniformità dei giudizj.

Si è considerato che non si potrebbe adottare delle discipline di un' indole diversa senz'alterare le norme fondamentali da questa Legge indicate per giudicare nei casi di simili rinuncie, e quindi senza pregiudicare dei diritti ch' essa ha voluto preservare; essendosi d'altronde ritenuto per certo, che questa Legge non potrebbe in massima non agire ed essere operativa finchè non emanasse una nuova Legge, la quale pure non potrebbe mai attendersi ed operare per tutte le successioni che si fossero aperte prima della di lei emanazione.

Si è osservato che le norme fondamentali, su le quali devesi giudicare del valore intrinseco, ossia dell'efficacia o inefficacia di sì fatte rinuncie, sono compendiosamente raccolte in quelle parole *a termini di ragione*, espresse nell'art. 7. della predetta Legge; e che quindi il giudicare della loro sussistenza o insussistenza come contratto a termini di ragione, egli è giudicare a termini del Gius scritto o non scritto, delle Leggi e degli Statuti locali, delle pratiche o teoriche rispettivamente ricevute.

Ora dovendosi desumere i termini di ragione da una massa di elementi così eterogenei, così discordanti e così poco conosciuti, onde giudicare del valore delle rinuncie in discorso sotto il rapporto di contratto, è sembrato assolutamente impossibile di stabilire delle discipline combinabili con quei *termini di ragione* che il predetto articolo di Legge ha contemplati, e s'incontrerebbe troppo di leggieri l'inconveniente di snaturare le norme fondamentali ed i primitivi effetti di questa Legge; mentre il risultato sarebbe quello di rendere in certi casi così operative e sussistenti, a termini di tali discipline, delle rinuncie che dovrebbero giudicarsi inefficaci e insussistenti *a termini di ragione* contemplati da questa Legge, e di togliere in altri casi quell'efficacia che a senso della stessa Legge sarebbe stata inaccessibile.

Ciò posto, procedendo la Corte su la base d'un calcolo combinato co' i termini di questa Legge e con le viste di Vostra Eccellenza, rivolse il suo esame alla ricerca di quei dubj di massima che potessero essere suscettibili di quegli schiarimenti o di quelle dilucidazioni che, salve le primitive norme ed effetti portati dalla Legge 6 Termidoro servono unicamente a facilitare la di lei intelligenza, e la più uniforme possibile applicazione nell'evenienza dei casi.

Due sono i dubj di massima che la Corte ha creduto di sottoporre ai purgatissimi occhi di Vostra Eccellenza, ai quali potrebbero convenire delle dichiarazioni ossia discipline affatto innocue alla Legge 6 Termidoro.

Il primo riguarderebbe il punto di questione: se cioè a senso dell'art. 7. della predetta Legge possano considerarsi come contratti sussistenti a termini di ragione le rinuncie fatte dalle donne anche a quelle successioni dalle quali per le Leggi allora vigenti erano *escluse*, e se possano in conseguenza ritenersi valide ed efficaci le dette rinuncie, qualora a termini di dette Leggi e pratiche non fossero state eccepibili; oppure se la sola qualità d'insuccessibile nelle donne all'epoca delle loro rinuncie escluda a senso di detta Legge la qualità di contratto sussistente a termini di ragione.

Il secondo importa l'ispezione di vedere se le rinuncie fatte dalle donne in tempo in cui o per le Leggi preesistenti, o in forza della Legge 6 Termidoro erano *successibili*, possano ritenersi valide ed efficaci come contratto, sia in massima, sia per la maggior quota stata posteriormente accordata dal Codice attualmente vigente.

Questi dubj non sono sfuggiti nella precedente Consulta, e furono ben anche risolti, essendosi ritenuto che nè lo stato d'insuccessibilità all'epoca delle rinuncie, nè la sopragiunta maggiore misura della riserva bastino per sè sole a togliere indistintamente alle predette rinuncie la qualità di contratto a termini di ragione.

Siccome però le proposte discipline devono cadere su la risoluzione adottata dalla Corte riguardo a questi dubj, si è quindi creduto di dover rettificare le idée in proposito, e vie più giustificare i fondamenti di una tale risoluzione.

Si è osservato al primo degli esposti dubj, che il più volte citato articolo 7. della Legge 6 Termidoro facendo parte di una Legge che ha parificate le femine ai maschi nei diritti di successione; di una Legge appositamente fatta per dei paesi sottoposti al régime di Statuti che quasi generalmente accordando alle donne la sola dote, le escludevano dalle successioni; non può riferirsi che alle rinuncie fatte dalle medesime nel loro stato di esclusione.

Sarebbe un assurdo insostenibile se si pretendesse di riferire un tale articolo di Legge alle sole rinuncie fatte dalle donne non escluse. Lo scopo di questa Legge non era che quello di provedere alle donne escluse, riabilitandole ai diritti di successione, e di regolarizzare gli effetti di quelle rinuncie che avessero fatte nello stato d'esclusione, non militando alcuna ragione per applicare la providenza speciale di questa Legge alle donne non escluse, giacchè le rinuncie di queste ultime erano bastantemente protette dalle Leggi e providenze generali che regolavano le rinuncie d'ogni altra persona successibile. D'altronde simili

rinuncie potevano per l'indole loro riputarsi operative e sussistenti a termini di ragione, anche indipendentemente dalla qualità di contratto.

Su la base di un ragionamento così semplice si è creduto di poter conchiudere, che il predetto articolo di Legge ha indubitatamente ritenuta compatibile nei casi di simili rinuncie la qualità d'insuccessibile con la qualità di contratto, sia in massima, sia in forza di Statuti e pratiche vigenti nei rispettivi luoghi e tempi ove furono fatte; tanto più se si riflette, che se la predetta Legge avesse ritenute incompatibili queste due qualità, se avesse considerate indistintamente tali rinuncie sotto l'aspetto di rinuncie meramente famulative ed accessorie all'esclusione statutaria, e, per usare di un termine imprestato, come superrogatorie; ben lungi dall'averle ritenute suscettibili della qualità di contratto sussistente a termini di ragione, le avrebbe invece dichiarate assolutamente o per lo meno presuntivamente nulle e di nessun effetto.

Assicurata pertanto in senso della Corte la *compatibilità* della qualità di contratto con la qualità d'*insuccessibile* nelle rinuncie fatte dalle donne durante la loro esclusione, tutta la difficoltà si riduce a vedere quali discipline o dichiarazioni convenga stabilire in proposito: cioè se bastino delle dichiarazioni in massima su 'l punto che non osta la qualità d'insuccessibile alla qualità di contratto sussistente a termini di ragione; o pure se convenga estendere tali dichiarazioni o discipline al punto di fissare delle norme da seguirsi dai Tribunali per discernere nei differenti atti di rinuncie delle donne insuccessibili l'esistenza o la mancanza delle qualità di contratto a termini di ragione.

La Corte ha pensato che basti la dichiarazione di massima limitata al primo caso, e che tutto ciò che riguarda il secondo debbasi rimettere al giudizio dei Tribunali. Essa ha considerato che le ispezioni relative al secondo caso, che sono propriamente quelle che percuotono il valore intrinseco delle rinuncie ed i loro differenti rapporti, involgono una moltiplicità di questioni di fatto e di diritto da non potersi altrimenti risolvere che dietro l'esame delle singole circostanze di luoghi e di tempi, di Statuti e pratiche diverse, di solennità di forme e di clausole più o meno diverse che si riscontrano nei differenti atti di rinuncie, le quali, attesa la moltiplicità, l'incongruenza e disparità dei casi, devono necessariamente abbandonarsi alla prudenza dei Magistrati locali, ai quali soli appartiene giudicare del loro intrinseco valore dietro le Leggi e pratiche locali combinate con le norme indicate dalla Legge 6 Termidoro.

S'era da principio traveduto che a togliere molte difficoltà potesse forse influire la distinzione tra l'esclusione assoluta e l'esclusione

modificata; ma dopo essersi ritenuto che l'art. 7. della ridetta Legge 6 Termidoro suppone indistintamente capaci della qualità di contratto sussistente a termini di ragione le rinuncie fatte dalle donne nello stato d'esclusione portato dagli Statuti, si è creduto inutile disciplinare questa distinzione. D'altronde poi, attesa la varietà degli Statuti, e il conflitto delle opinioni su la loro intelligenza e su gli effetti rispettivamente attribuiti a queste due specie d'esclusione, non era sembrato possibile stabilire una tale distinzione senza dipartirsi dalle norme prescritte dalla Legge 6 Termidoro, e senz' alterare i primitivi effetti della medesima.

Si è dovuto osservare per essa, che in un luogo si riteneva come assoluta un'esclusione che in un altro si riteneva modificata dalla tacita riserva della porzione legitima, quando lo Statuto non ne avesse fatto un'espressa menzione.

Quì la dote si riputava la causa e il premio della esclusione; e là si riputava per un surrogato alla porzione legitima: in un luogo si desumeva l'argomento dell'una e dell'altra specie di esclusione dalla priorità o posteriorità dell'ónere di dotazione; e altrove questo argomento era affatto rigettato.

Si era ben anche considerato che qualche Statuto esigeva espressamente le forme e gli estremi di contratto per la validità di simili rinuncie fatte nello stato di assoluta esclusione, e che non mancavano Statuti e pratiche particolari che attribuivano alle medesime, e perfino al patto *de non patendo*, apposto al contratto di matrimonio o all'atto costituzionale di dote, la forza di legitimo contratto, sebene altrove simili atti di rinuncie non si valutassero che come semplici quietanze e ricognizioni di congruità di dote.

In tale stato di cose la Corte dovette persuadersi per una parte dell'inutilità di stabilire questa distinzione, e per l'altra del pericolo di alterare gli effetti contemplati dalla Legge 6 Termidoro; ed ha perciò opinato che in questo argomento non convenga adottare altra disciplina, o dichiarazione di massima, fuori di quella che tendesse a stabilire che le rinuncie fatte dalle donne maritate, soltanto famulativamente e che in conseguenza della loro esclusione fossero ben anche comprese nei contratti di matrimonio, di costituzione o di pagamento di dote, non possano riguardarsi come contratto a termini dell'art. 7 della Legge 6 Termidoro, all'effetto di escludere dalle sucessioni aperte dopo le nuove Leggi che le resero successibili: ma che al contrario nei casi ove simili rinuncie siano state formalmente stipulate mediante un qualche correspettivo, od anche per titolo di donazione, o misto di oneroso e

gratuito, e con termini atti a comprendere anche dei diritti derivanti *ex causa de futuro*, e che non sieno d'altronde eccepibili a fronte delle Leggi e pratiche veglianti all'epoca in cui furono fatte, possano ritenersi operative e sussistenti nei sensi del su citato art. 7 della Legge 6 Termidoro.

Passando al secondo dubio, riguardante le rinuncie fatte dalle donne a quelle successioni delle quali erano capaci all'epoca delle stesse rinuncie fatte prima o dopo la Legge 6 Termidoro, e che siansi aperte dopo l'attivazione del Codice, sembrò alla Corte che non possa formare soggetto di parziali discipline, ma di una semplice dichiarazione di massima in punto se tali rinuncie siano o no soggette ad alterazione dipendentemente dal caso impensato, quello cioè della maggior quota di riserva attribuita dalla nuova Legge.

Si è osservato in massima, che le rinuncie fatte da persone successibili, di qualunque sesso esse sieno, sono a parità di condizione in faccia alla Legge; giacchè non si saprebbe concepire per quale ragione la rinuncia di una femina successibile dovesse regolarsi con principj diversi da quelli che regolerebbero quella di un maschio: ond'è sembrato che in argomento di simili rinuncie non facia bisogno di prescrivere discipline più per un sesso che per un altro, essendo esse egualmente tutelate sotto la protezione delle Leggi e disposizioni di ragione.

Si è fatto riflesso, che se si volesse ben anco supporre che la Legge 6 Termidoro avesse inteso di richiamare in uno all'ordine successorio del Gius romano anche le disposizioni del medesimo su i patti successorj e di rinuncia alle eredità paterne (ciò che per altro non potrebbe così facilmente supporsi dietro le parole, l'oggetto e lo spirito della Legge); non potrebbero tenersi richiamate che nei casi, modi, forme e limitazioni con cui soltanto si trovano costantemente e praticamente adottate le dette disposizioni di Gius romano: di modo che le diverse discipline o disposizioni che si volessero stabilire in tale proposito potrebbero facilmente ledere i diritti acquistati per le rinuncie che anche nei paesi ov'era in vigore il Gius comune si ritenevano sussistenti a termini di ragione, come ne fanno fede i più accreditati scrittori. Ad ogni modo: o parlasi delle rinuncie fatte dalle donne già successibili prima della legge 6 Termidoro; e non v'ha dubio che dal momento che la detta Legge non annullò indistintamente le dette rinuncie, ha chiaramente dimostrato di non ritenerle per prescritte dalle Leggi: o trattasi di quelle che si fossero fatte dopo la Legge 6 Termidoro; ed oltre a' su accennati riflessi ricorre l'osservazione già fatta, cioè che dopo che le

donne si resero successibili in forza di quella Legge, e furono *parificate* in tale rapporto ai maschi, non occorre alcuna speciale disposizione su le loro rinuncie, dovendo ritenersi eguale la condizione di queste a quelle fatte dagli altri successibili.

Del resto si è pure osservato che la Legge 6 Termidoro ha ritenuto la capacità di simili rinuncie, per attribuire anche al padre dei diritti reali e positivi all'atto della stipulazione; dacchè ha rese inefficaci quelle sole rinuncie che le figlie potessero fare al padre in contemplazione soltanto della dote o del matrimonio.

Si è avuto sott'occhio il dubio desunto dalla controvertibile mancanza del gius quesito in simili rinuncie *de futuro ex causa de futuro*, comechè possano importare una semplice efimera speranza, soggetta ad essere annientata da casi ed eventi posteriori; ma essendo certa in genere la speranza di acquistare, e formando d'altronde materia di contratto anche i vantaggi e diritti sperati secondo la disposizione di ragione; si è quindi ritenuto che sarebbe inutile ogni disciplina in proposito, ed anche pericolosa, perchè la disciplina potrebbe ledere dei diritti acquistati in forza della Legge 6 Termidoro, che ha indubitatamente preservati i diritti acquistati co'l mezzo di rinuncie sussistenti come contratti a termini di ragione.

Si è ben anche richiamata l'attenzione su'l dubio, se la legge 6 Termidoro possa agire su i casi di rinuncie ad eredità e successioni aperte *dopo l'attivazione* del Codice, e che si apriranno in avvenire; ma anche questo dubio non si è creduto suscettibile di disciplina, mentre da che la Legge 6 Termidoro ha preservati i diritti acquistati per mezzo di rinuncie operative e sussistenti come contratto, l'effetto di questa Legge non può essere contrariato da una Legge posteriore, la quale ha stabilita per massima fondamentale l'intangibilità degli atti e transazioni anteriori; e là dove introdusse la generale proscrizione delle rinuncie all'eredità di un vivente, non ha disposto nulla di quelle fatte in addietro: cosicchè è sembrato fuor di dubio che questa nuova Legge non può agire che su l'avvenire, e non già su 'l passato, che lo lasciò in potere della Legge anteriore.

Per omettere tante altre considerazioni che si sono fatte, la Corte discese in fine all'esame del dubio su la comprensione nelle rinuncie del *caso impensato*. Questo dubio, dopo ciò che si è già osservato su le rinuncie fatte da persone successibili, non si è creduto suscettibile che delle ordinarie ispezioni dei Tribunali su la forza e su la maggiore o minore latitudine delle espressioni capaci od incapaci a comprendere

anche dei diritti o degli oggetti che non sieno stati espressamente contemplati nell'atto di rinuncia; e quindi si è creduto soltanto opportuno di fare una dichiarazione di massima diretta a togliere l'esitanza dei *Tribunali* su 'l punto che all'efficacia e sussistenza delle rinuncie in discorso possa ostare la sopragiunta maggior quota attribuita dalla nuova *Legge* vigente al tempo dell'aperta successione.

In conseguenza di tutto ciò:

Visto l'articolo 7. della Legge 6 Termidoro, anno V.;

Visti gli articoli 2. 791. 1130 e 1600 del Codice Napoleone;

Ritenuto che per le rinuncie fatte dalle donne maritate anteriormente all'attivazione della Legge 6 Termidoro, anno V., che le rese successibili, la Legge stessa ha proveduto con una disposizione transitoria contenuta nel detto articolo 7.;

Considerando che il Codice Napoleone all'art. 1130 e concordanti proibisce generalmente qualunque rinuncia alla successione di un vivente, ma nulla dispone di quella fatta in addietro;

Considerando che la disposizione portata dal su citato art. 7. della Legge 6 Termidoro, anno V., diretta a preservare i diritti acquistati con un atto che, riguardato come contratto, fosse sussistente a termini di ragione, essendo conforme alle massime prescritte dal Codice nell'art. 2. di non pregiudicare i diritti quesiti, è conveniente di tenersi in vigore anche per tutti gli atti di simile natura fatti sino all'attivazione del Codice, che riguardati come contratti sieno sussistenti a termini di ragione;

Considerando però che la disposizione della Legge 6 Termidoro lascia luogo al dubio, se possano ritenersi sussistenti come contratto a termini di ragione le rinuncie fatte in un contratto a quelle successioni dalle quali le femine erano escluse in forza degli Statuti allora veglianti;

Considerando che le rinuncie, comunque comprese in un contratto, quando sono unicamente *dipendenti* e *famulative* dell'esclusione statutaria non possono riguardarsi che come mancanti di soggetto, e quindi come atti riferibili alla volontà della Legge più tosto che a quella delle parti;

Considerando all'incontro che le rinuncie a diritti eventuali, derivanti anche *ex causa de futuro*, possono formare oggetto di contratto, sia lucrativo, sia correspettivo, od anche misto;

Considerando che l'ispezione, se la rinuncia ai diritti di succedere abbia a ritenersi solo come *famulativa*, e dipendente dall'esclusione

portata dalle Leggi allora vigenti, o tale da potere ben anche nella generalità dei termini, nella tanto moltiforme varietà delle circostanze e Leggi locali, nonchè nella diversa qualità dei rinunziatarj, comprendere anche il caso della successione deferita dalla nuova Legge, importa un esame dei singoli casi e circostanze combinate con le regole di ragione;

Considerando che, rispetto alle rinuncie fatte dalle *donne già parificate* nelle successioni ai maschi, non concorre egualmente il contemplato motivo, che sieno unicamente riferibili alla volontà delle Leggi esclusive, e che devono perciò ritenersi parificate nei loro effetti alle rinuncie fatte da ogni altra persona successibile;

Considerando che convien togliere il dubio, se la disposizione transitoria, contenuta nell'art. 7. della Legge 6 Termidoro, sia o no estensibile a tutte le rinuncie fatte prima dell'attivazione del Codice anche per le successioni posteriormente aperte, e che si apriranno in avvenire;

La Corte di Cassazione sarebbe di parere che potesse proporsi la sola seguente risoluzione.

I. La disposizione dell'art. 7. della Legge 6 Termidoro, anno V., relativo alle rinuncie, così concepito:

« Nè il matrimonio, nè la dote pagata, promessa o costituita potran-
» no togliere alle donne i diritti di successione verificabili in loro fa-
» vore dopo la publicazione del presente Proclama. Le rinuncie poi
» fatte a simili diritti dalle donne maritate saranno operative ed effi-
» caci, semprechè, riguardate come contratto, possano essere sussistenti
» a termini di ragione; »

È applicabile in tutto il Regno, qual Legge transitoria, alle rinuncie fatte dalle donne maritate fino all'attivazione del Codice Napoleone anche per le successioni aperte, e che si apriranno sotto l'impero del Codice medesimo.

II. Le rinuncie fatte dalle donne maritate, quando sieno meramente *famulative*, e dipendenti dalla loro esclusione portata dalle Leggi o dagli Statuti veglianti all'epoca delle stesse rinuncie, non possono, benchè comprese nel contratto di matrimonio, di costituzione o pagamento di dote, riguardarsi sussistenti come contratti a senso del su riferito art. 7., onde escluderle dalle successioni aperte dopo le nuove Leggi che le resero successibili.

Qualora però simili rinuncie ai diritti di successione siano state formalmente stipulate e dedotte in contratto mediante un correspettivo, od anche per titolo di donazione o misto, e con termini abili a com-

prendere anche i diritti derivanti *ex causa de futuro*, possono ritenersi efficaci ed operative, nei sensi sempre dell' art. 7. della Legge 6 Termidoro, anno V.

III. Le rinuncie fatte dalle donne maritate a quelle successioni, rapporto alle quali esse erano successibili all' epoca delle stesse rinuncie, non sono soggette ad alcuna alterazione, dipendentemente dal solo titolo della maggior quota attribuita dalla nuova Legge vigente al tempo dell'aperta successione.

La Corte ha l'onore di presentare all' Eccellenza Vostra gli omaggi del suo profondo rispetto e considerazione.

Segnato: Pedroli Primo Presidente.

MEMORIA DI ROMAGNOSI

Eccellenza!

§ 619. Ho esaminato il Rapporto ed il Progetto di Decreto della Corte di Cassazione su la materia delle rinunzie delle donne anteriori al Codice Napoleone.

Ho creduto che una materia tanto importante meritasse un accurato esame. Io non mi occuperò in questioni particolari di Diritto statuente, ma solamente di quegli oggetti che sono necessarj per formare un Decreto interpretativo.

Due parti pertanto avrà questa Memoria: nella prima dirò del *soggetto*, dell' *estensione* e della *redazione* del progettato Decreto; nella seconda dei *fondamenti* e delle *vedute* per determinarne le disposizioni.

PARTE I.

Del soggetto, dell' estensione e della redazione di un Decreto di massima su le rinuncie alle successioni.

I. *Del soggetto del Decreto Sovrano.*

§ 620. Io trovo in primo luogo assai giusto il riflesso di fare un Decreto semplicemente interpretativo della Legge 6 Termidoro, anno V., come l'unica regolatrice di questa materia, e in forza della quale furono regolati i diritti delle parti, e degli altri aventi causa dalle medesime. E siccome non può mai essere intenzione di alcun savio Legislatore, e molto meno dell'attuale Governo, di statuire su 'l passato, ma semplicemente di dichiarare la mente di una Legge oscura, rendendone più esplicito il senso che racchiude, e ciò per non levare ad alcuna parte un diritto legitimamente acquistato; così io non posso che applaudire alla mira della Corte di Cassazione di fissare tutta l'attenzione su la spiegazione di detta Legge, ad oggetto di prevenire una moltitudine di liti in futuro, e di decidere con sicurezza le pendenti.

II. *Dei limiti del Decreto.*

§ 621. Fissato così il *soggetto* dell' esame, prima di entrare in esso io stimo opportuno di determinarne i límiti, e di segnare alcuni dati inconcussi ammessi anche dalla Corte medesima.

Astrazione fatta dall' opinione adottata dalla Corte di Cassazione, la prima ispezione si riduce ai due punti seguenti; cioè: 1.° quando le dette rinuncie siano state fatte; 2.° quando possano o no essere operative.

Su 'l primo punto è manifesto che noi contempliamo le rinuncie fatte *anteriormente* al Codice Napoleone; e quì s' índicano tanto quelle che precedettero la Legge 6 Termidoro, anno V., quanto quelle che succedettero alla medesima fino alla publicazione del Codice Napoleone.

Quanto al secondo punto, riguardante l' *effetto* delle medesime rinuncie, egli è manifesto ch' esso viene considerato *al tempo dell' apertura della successione* contemplata nella rinuncia medesima. E siccome quest' apertura può cadere in tutte e tre le epoche, cioè prima della Legge 6 Termidoro, dopo la medesima fino al Codice Napoleone, e finalmente dopo la publicazione di questo Codice; così potrebbero cadere in considerazione gli effetti di tali rinuncie in tutti e tre questi tempi, avuto riguardo all' impero delle Leggi rispettivamente dominanti.

Ma egli è da osservare che su 'l primo tempo non cade veruna disputa, perocchè la Legge interpretata nulla dispose per gli effetti di tali rinuncie anteriormente alla sua promulgazione, ma solamente le contemplò per gli effetti posteriori: dal che ne viene, che tali effetti anteriori non possono formare materia del presente esame. Esso quindi si concentra tutto su l' effetto posteriore alla detta Legge, tanto per l' intervallo che precedette la publicazione del Codice Napoleone, quanto per quello che dalla stessa publicazione decorre sino alla morte della persona della cui successione si tratta.

III. *Della redazione del Decreto.*

§ 622. Di sopra fu osservato che il motivo del progettato Decreto è di sviluppare il senso racchiuso nella Legge interpretata: lo che richiede *dichiarazioni e schiarimenti*, *onde facilitarne l' intelligenza e l' applicazione, ed ottenere la maggiore possibile uniformità dei giudizj*, come dice la Corte di Cassazione. Questa mira importa che non si lasci luogo ad alcun equívoco, nella redazione del Decreto, su la spiegazione almeno dei termini impiegati; imperocchè al dubio intrin-

seco della Legge si aggiungerebbe anche il dubio di senso del Decreto interpretativo: e così, invece di disipare, si accrescerebbero le ombre, dando luogo a tutte le sottigliezze che la logica scrutatrice dell'interesse sa pur troppo inventare; nè mai il Governo otterrebbe il fine precipuo di prevenire le liti future, e decidere con sicurezza le pendenti.

PARTE II.

Dei fondamenti e delle vedute determinanti le disposizioni del Decreto.

§ 623. Determinato in questa guisa il soggetto, i limiti ed il modo che conviene al progettato Decreto, giova osservare i dati fondamentali che dalla Corte di Cassazione sono ritenuti, e nei quali io stesso convengo.

I. *Dubj principali da sciogliersi secondo la Corte di Cassazione.*

§ 624. Convengo in massima, che due siano i dubj ai quali potrebbero occorrere dichiarazioni, ossia discipline affatto innocue alla Legge 6 Termidoro.

Il primo riguarda il punto di questione: cioè se a senso dell'articolo 7. della predetta Legge possano considerarsi come contratti sussistenti a termini di ragione le rinuncie fatte dalle donne anche a quelle successioni, dalle quali per le leggi allora vigenti erano *escluse;* e se in conseguenza si possano ritenere valide ed efficaci le dette rinuncie, quando a termini di dette Leggi e pratiche non fossero state eccepibili; oppure se la sola qualità d'insuccessibile nelle donne all'epoca delle loro rinuncie escluda nei sensi di detta Legge la qualità di contratto sussistente a termini di ragione.

Il secondo importa di vedere se le rinuncie fatte dalle donne in tempo in cui o per le Leggi preesistenti, o in forza della Legge 6 Termidoro erano *successibili*, possano ritenersi valide ed efficaci come contratto, sia in massima, sia per la maggior quota stata posteriormente accordata dal Codice attualmente vigente.

II. *Mira fondamentale della Legge* 6 *Termidoro.*

§ 625. Egli è importante di osservare quale sia stata l'*intenzione* ossia la mira principale di detta Legge nello statuire su le rinuncie delle donne. Ognun vede, e la Corte stessa di Cassazione ripetutamente lo

confessa, che la mira fondamentale di detta Legge si fu di *parificare* la sorte delle donne a quella dei maschi nella materia delle successioni. Fissata questa mira, il Legislatore rivolse lo sguardo su'l futuro e su'l passato. Quanto al tempo avvenire, egli provide convenientemente con lo stabilire fra i due sessi una perfetta eguaglianza di diritti. Quanto poi al passato, volendo rispettare ogni vero diritto quesito per l'autorità della volontà dei contraenti, egli tolse solamente di mezzo quegli ostacoli ch'erano indotti per fatto della Legge; e considerando che la volontà delle parti non era operativa per indurre, in forza dell'autorità libera dei contraenti, un effetto che d'altronde era inevitabile, dichiarò di niun valore ogni disposizione famulativa di volontà che si risolveva in un semplice atto di obedienza passiva.

Ritenuta questa precisa operazione della Legge 6 Termidoro, cessano tutti gl'imbarrazzi e le perplessità nella interpretazione che si deve dare alla detta Legge, poichè non rimane che il mero punto di fatto positivo: cioè se negli Statuti o nelle consuetudini anteriori, aventi forza di Legge, esistesse o no un óbice ch'escludesse le donne dalla ricercata parità co' i maschi, e quindi rendesse gli atti della loro volontà operativi o non operativi per propria autorità.

III. *Quali sono le incumbenze alle quali si deve soddisfare co'l progettato Decreto.*

§ 626. Arrestandosi a questa considerazione, il Governo non ha bisogno di chiamare a rassegna tutti gli Statuti in addietro vigenti nel Regno d'Italia; ma fissando semplicemente l'ipotesi dei casi della esclusione e non-esclusione, può in conseguenza statuire senza tema che nell'applicazione pratica i Tribunali possono traviare. Imperocchè nel caso dell'esclusione la esistenza dello Statuto esclusivo o in tutto o in parte non può essere rivocata in dubio, come cosa evidente in fatto; dall'altra parte la conseguenza stando scritta nella Legge, non si può errare nella sua applicazione. Se si trattasse di stabilire qualche cosa per le *conseguenze* della esclusione o non-esclusione, il Governo potrebbe temere di non provedere a tutto; ma siccome nel caso dell'esclusione egli altro non fa che togliere di mezzo l'ostacolo, e rimettere la donna all'impero delle Leggi che la parificano ai maschi, ne segue che le condizioni conseguenti a quest'abolizione stanno già scritte nel diritto comune ai maschi, senza che il Decreto interpretativo si debba assumere il carico di specificare le conseguenze di diritto.

Nel caso poi della non-esclusione, trovando la donna in quello stato di parità co' i maschi ch' essa brama, non gli rimane nulla a statuire su la loro sorte; e quindi lascia sussistere l'impero delle Leggi comuni ai maschi, le quali riescano estranee alla sua ispezione.

In qualunque caso pertanto l'operazione legislativa riesce totalmente *semplice* e senza controversia, purchè non si perda di vista la mira centrale della Legge 6 Termidoro, e la natura dell' operazione da lei praticata.

Tutto il fin quì detto riguarda l'azione della Legge su 'l *passato*, salva la limitazione coerente su l'effetto della medesima per il futuro, che si esporrà più sotto.

§ 627. Per ciò che concerne il *futuro*, lo che abbraccia quel tratto di tempo che passò fra la legge 6 Termidoro e il Codice Napoleone, tutta l'ispezione consiste non nello stabilire alcuna regola direttrice dei diritti delle parti, ma bensì nel determinare in fatto la Legislazione, all'impero della quale la Legge assoggettò i successibili, e secondo la quale essa volle che si decidessero in futuro le questioni. Dunque nè con la Legge 6 Termidoro, nè con ogni altro Decreto interpretativo si può pretendere di decidere l'una o l'altra questione particolare; ma si debbono anzi decidere tutte mediante quelle regole di Diritto ch' essa Legge ha voluto richiamare in osservanza. Da ciò è chiaro che la odierna incumbenza è semplicissima per tutti i tempi pe' i quali la Legge deve provedere: poichè se tutta la cura doveva consistere nell' ordinare che le questioni su la originaria *validità* delle rinuncie delle donne si dovessero decidere a termini del Jus vigente per li maschi al tempo in cui furono fatte; ne viene che oggidì volendo dichiarare quali debbano essere i loro effetti all' epoca dell' apertura delle successioni, altro non rimane a dichiarare se non che questo effetto debba essere determinato secondo il disposto dalle Leggi vigenti al tempo dell' apertura della successione, avuto riguardo ai diritti anteriormente quesiti al tempo della rinunzia. In ciò non vi può essere alcuna disputa, nè vi è di fatto.

§ 628. Ma per determinare questi diritti anteriormente quesiti conviene stabilire qual fosse la Legislazione anteriormente vigente, ossia meglio qual fosse la Legislazione che la Legge 6 Termidoro ha inteso richiamare o ritenere in osservanza.

Questa ispezione è troppo importante per dover essere abbandonata al dubio. La posizione delle cose è tale, che conviene preliminarmente decidere se debba aver luogo il preteso Jus comune vigente alla publicazione della Legge 6 Termidoro, ovvero il Diritto romano. L'auto-

rità legislatrice, che deve interpretare la Legge, non può qui prendere un partito di mezzo; ma deve decidersi risolutamente o per l'uno o per l'altro, perchè essa deve assegnare chiaramente alle parti ed ai Giudici una norma, mediante la quale decidere le questioni. Senza di ciò lascerebbe sussistere l'inconveniente cui essa brama di togliere, ed altro non farebbe che perpetuare il male ch'essa vuol far cessare. In quest'alternativa pertanto mi è forza dimostrare quale sia la Legislazione normale che il Legislatore deve adottare, ed offrire allo sguardo della nazione un criterio legale per definire le controversie.

IV. *Si deve ritenere che il Diritto comune, richiamato in vigore dalla Legge 6 Termidoro, sia precisamente il Jus romano.*

§ 629. Qual è il Diritto così detto *comune*, che in forza della Legge 6 Termidoro si è avuto in mira di consacrare con la detta Legge per tutti gli effetti da lei contemplati?

A tale questione puramente di fatto e di volontà del Legislatore che promulgò la Legge 6 Termidoro conviene prima di tutto rispondere con prove di fatto tratte dalle viscere della Legge medesima, se sia possibile. Miglior interprete certamente non vi ha, quanto lo stesso Legislatore che parla. Ciò posto, ecco in quale maniera la Legge manifesta le sue intenzioni.

« Considerando che non è consentaneo ai principj di un ben regolato Governo republicano il tolerare quei vincoli che impediscono la libera contrattazione dei fondi, che sono sorgenti di moltiplici litigi, e che importano l'ineguaglianza di fortune tra i figli d'uno stesso padre per la sola accidentale circostanza d'essere l'uno prima dell'altro comparso alla luce; »

« Considerando che sommamente ripugna ai principj suddetti il lasciar sussistere le differenze che nascono dai diversi Statuti nella materia delle successioni; »

Determina:

« Art. 5.° Le successioni intestate saranno in tutta la Republica generalmente regolate d'ora in avanti secondo le disposizioni del Diritto comune, salvi i casi nei quali o vi fosse stato espressamente derogato dalla Costituzione o dalle nuove Leggi organiche relative alla medesima, o l'osservanza del Diritto comune riuscisse incompatibile con la piena loro esecuzione. »

« Art. 6.° Similmente si dovrà regolare in conformità del Diritto comune la facoltà competente a chiunque di disporre delle cose pro-

» prie per via di testamento o d'altro atto di ultima volontà: ferme però
» le formalità attualmente praticate rispetto ai modi diversi di fare si-
» mili atti o disposizioni testamentarie. »

« Art. 7.° Nè il matrimonio, nè la dote pagata, promessa o costi-
» tuita, potranno togliere alle donne i diritti verificabili in loro favore
» dopo la publicazione del presente Proclama. Le rinuncie poi fatte a
» simili diritti dalle donne maritate saranno operative ed efficaci, sem-
» prechè, riguardate come contratto, possano essere sussistenti a ter-
» mini di ragione. »

« Art. 11.° Si dichiarano abolite ed annullate tutte le Leggi, Co-
» stituzioni, Statuti e consuetudini state finora osservate, che nei di-
» versi luoghi della Republica negli oggetti determinati dalla presente
» Legge portino una diversa disposizione, o sieno in qualunque modo
» contrarie a quanto in questa stessa Legge viene ordinato. »

Qual è il senso che nasce dalla lettura di questi articoli?

Ognun vede che da una parte si dichiarano abolite ed annullate tutte le Leggi, Costituzioni, Statuti e consuetudini state finora osservate nei diversi luoghi della Republica, in quanto possono o direttamente o indirettamente contrariare le disposizioni della Legge medesima. Dall'altra parte la materia delle successioni, sia testate, sia intestate, si dichiarano regolate secondo il Diritto comune. — Combinando quindi questi articoli, risulta evidentemente, che sotto il nome di *Diritto comune* non s'intende il Diritto vigente, risultante dalle particolari Leggi, Costituzioni, Statuti e consuetudini, ma bensì quella sola parte in cui il maggior numero conveniva: in una parola, si è voluto indicare il Jus romano, il quale spesse volte veniva designato con tale denominazione.

Questa verità di fatto è troppo manifesta, benchè la stessa Corte di Cassazione non l'abbia espressamente riconosciuta. Ecco le sue parole. « Si è fatto riflesso, che se si volesse ben anco supporre che la
» Legge 6 Termidoro avesse inteso di richiamare in uno all'ordine suc-
» cessorio del Gius romano anche le disposizioni del medesimo su i
» patti successorj, ec. » Da questo passo si rileva pertanto che la Corte di Cassazione ha riconosciuto in fatto essere stato dalla Legge 6 Termidoro richiamato in vigore l'*ordine successorio* del Gius romano. — Sotto la denominazione pertanto di *Diritto comune* è manifesto comprendersi quì lo schietto Diritto romano, e per ciò stesso tutte le disposizioni contenute nel medesimo, riguardanti le successioni sì testate che intestate.

V. Se co'l Diritto romano in materia di successioni siano state richiamate in osservanza le disposizioni riguardanti i patti successorj e le rinuncie alle eredità.

§ 630. Concordato senza difficoltà questo punto cardinale, la sola questione che rimane è quella che la Corte stessa promove, cioè = se in uno al Diritto romano, riguardante le successioni, siano pure state richiamate le disposizioni del medesimo su i patti successorj e di rinuncie alle eredità medesime. = Quì la Corte di Cassazione objetta: 1.° Che ciò non potrebbe così facilmente supporsi, dietro le parole, l'oggetto e lo spirito della Legge. 2.° Che tali disposizioni non potrebbero ritenersi richiamate che nei casi, modi, forme e limitazioni, con cui soltanto si trovano costantemente e praticamente adottate le dette disposizioni di Jus romano: e siccome consta che anche nei paesi ov'era in vigore il Gius comune le rinuncie si ritenevano sussistenti a termini di ragione, come ne fanno fede i più accreditati scrittori; così questa stessa massima dee valere anche dopo la promulgazione della suddetta Legge 6 Termidoro.

VI. Esame del primo objetto della Corte di Cassazione.

§ 631. Co'l primo objetto la Corte di Cassazione afferma senz'alcuna prova, che l'intenzione della Legge 6 Termidoro sia stata quella di non richiamare in uno all'ordine successorio del Diritto romano anche le disposizioni del medesimo su i patti successorj e di rinuncia alle eredità paterne; e quì in primo luogo crede di provarlo con le parole della Legge. Questa prima prova dovrebbe risultare dalla lettura della Legge medesima. Ma da tutto il contesto nulla risulta che facia la minima menzione di tali patti successorj e di rinuncia: dunque al più si potrebbe affermare bensì il silenzio della Legge su questo proposito, ma non l'intenzione di escludere tali disposizioni per riportarsi ad altre massime posteriormente introdotte dalle circostanze e dall'impero del Jus canonico, che formava parte del Diritto comune, dal Jus feudale, o dai costumi introdotti dalle diverse rivoluzioni politiche alle quali l'Italia fu soggetta.

La Corte di Cassazione soggiunge un'altra fonte, d'onde trarre l'intenzione del Legislatore di non richiamare le ricordate disposizioni del Jus romano: cioè l'*oggetto* e lo *spirito* della Legge. — Ma in quale maniera potrebbe mai far risultare che l'*oggetto* e lo *spirito* della Legge 6 Termidoro fosse quello di *escludere* o di *non adottare* le dis-

posizioni del Jus romano, riguardanti i patti di futura successione, e le rinuncie all'eredità prima invalse in Italia?

Prima di tutto l'oggetto di questa Legge si deve raccogliere dalle parole dello stesso Legislatore. Egli dichiara fin da principio « non es- » sere consentaneo ai principj di un ben regolato Governo republicano » il tolerare quei vincoli che impediscono la libera contrattazione dei » fondi. » Era forse contrario a questa vista il richiamare le disposizioni del Diritto romano intorno ai patti successorj? Ciò dovrebbe risultare, a senso della Corte di Cassazione, quando questi ripugnassero con l'oggetto voluto dal Legislatore. Ma ben lungi che la Corte suddetta possa dimostrare questo intento, ne sorge anzi un argomento contro di lei; perchè il Diritto romano, geloso appunto di conservare la libera disposizione dei beni, non autorizzò nei tempi più tardi i patti successorj quì contemplati senza il *libero consenso* del padrone dell'eredità di cui si tratta, e riservò sempre al medesimo la facoltà di contravenire sino alla sua morte alla destinazione dei beni fatta co'l mezzo del patto suddetto, accordando al padrone dell'eredità la libera facoltà di disporre altrimenti.

Il Legislatore prosegue *disapprovando* tutte quelle disposizioni che importano l'ineguaglianza di fortune tra i figli d'uno stesso padre. È forse contraria a questa mira la Legislazione romana relativa ai patti successorj? È chiaro che no.

Più oltre progredisce il Legislatore. Egli formalmente disapprova « le differenze che nascono dai diversi Statuti nella materia delle suc- » cessioni. »

Con l'ammettere le disposizioni del Diritto romano, riguardanti i patti successorj, si giova forse a far sussistere tali differenze? È chiaro che no. — Anzi, tutto all'opposto, con l'ammettere tali disposizioni si contribuisce efficacemente a togliere sì fatte differenze, e si va direttamente contro la disposizione di sì fatti Statuti, in molti dei quali espressamente si stabilisce che la donna, comunque dotata, *debeat esse de sua dote contenta et facere fines:* lo che costituisce le mentovate rinuncie, l'effetto immediato delle quali appunto si è d'introdurre queste riprovate differenze.

In generale poi è cosa irrefragabile, che l'effetto di questi patti successorj consistendo appunto nel diminuire nei proprietarj la libera disposizione dei loro beni, e nell'introdurre anticipatamente delle differenze fra i successibili, lungi che con la detta Legge si possano intendere come ammessi tali patti, e quindi rigettate le disposizioni del

Diritto romano che ne limitano la validità a certe condizioni; si dovrebbe anzi all'opposto, in forza appunto dell'*oggetto* e dello *spirito* della Legge stessa, asserire che queste disposizioni furono implicitamente rinovate.

L'asserzione quindi della Corte di Cassazione, a cui piace far contrastare l'*oggetto* e lo *spirito* della Legge con le *disposizioni* del Diritto romano relative ai patti successorj, non solamente è senza fondamento, ma apparisce invece positivamente falsa. — È vero o no che l'*oggetto* e lo *spirito* della Legge non si deve indovinare nel caos dell'idealismo allorchè il Legislatore lo manifesta? È vero o no che nei due primi motivi, posti in fronte alla Legge, il Legislatore stesso manifesta la sua mira generale su la proposta materia? È vero o no che, in conseguenza di questa mira, egli statuisce negli articoli seguenti e ne manifesta l'applicazione? Ma dall'altra parte è vero o no che la forza di questi motivi della libertà, della ripartizione dei beni, e della perfetta eguaglianza nei successibili, viene applicata alle successioni, alle rinuncie, e quindi a tutti gli oggetti che vi sono correlativi? È forse permesso lo scindere quell'unità di sistema che dipende dalla unità dei rapporti di una Legislazione equa e coerente?

VII. *Prova della tesi contraria a quella della Corte di Cassazione.*

§ 632. E quì si apre l'adito ad impugnare direttamente l'assunto della Corte di Cassazione, la quale escludendo elementi compatibili, anzi fra loro connessi, vorrebbe dar luogo all'unione di elementi incompatibili, e fra loro ripugnanti; imperocchè si potrebbe sempre opporre il seguente dilemma. O le disposizioni del Gius romano intorno ai patti successorj hanno una naturale connessione con tutta la materia delle successioni testate ed intestate, e delle rinuncie di cui parlano gli articoli 5. 6. e 7. della detta Legge, ed entrano a variare le disposizioni intrinseche delle successioni; o no. Se hanno una tale connessione, così che nei casi e nelle questioni che possono sopravenire si debba ricorrere a tali disposizioni, è evidente che la detta Legge 6 Termidoro, in uno al Diritto romano, ha pure inteso di richiamare in osservanza anche le disposizioni medesime su i patti successorj e di rinuncia all'eredità. Ma così è, che questa *connessione necessaria* esiste; e nei casi pratici in materia di successioni testate ed intestate sarebbe stato talvolta necessario di ricorrere a sì fatte disposizioni. — Dunque è manifesto che in uno all'ordine successorio del Gius romano

furono richiamate in vigore anche le disposizioni del medesimo su i patti successorj all' eredità ed alle rinuncie.

Ho detto che nei casi pratici in materia di successioni, secondo il Diritto romano, sarebbe stato talvolta necessario ricorrere a sì fatte disposizioni su i patti successorj e su le rinuncie. La prova di questa proposizione risulta dalle seguenti considerazioni.

Egli è certo, in materia propria della fazione del testamento, essere cánone fondamentale del Diritto romano quello che niuno può fare che le leggi non abbiano luogo nel proprio testamento, e che libera è la facoltà di disporre de' proprj beni fino alla morte. D' altra parte egli è pur certo che il Diritto romano, quale vigeva ai tempi di Giustiniano, autorizzò i patti successorj, sempreché v' intervenisse l' assenso della persona, della cui eredità si tratta; ben inteso che la persona stessa avesse ciò non ostante la libera facoltà di disporre a suo beneplacito dei beni contemplati nel patto da lei approvato di futura successione. Ciò posto, fingasi sotto l' impero della Legge 6 Termidoro il caso d' un patto di questa natura. Volendo far valere le massime posteriormente invalse, l'assenso prestato dal padrone sarebbe stato irretrattabile; lo che manifestamente avrebbe ripugnato all' espressa disposizione del Diritto romano, richiamato in osservanza in tutta la sua integrità, e con l'espressa abolizione, pronunciata nell' art. 11., di tutte le Leggi, Costituzioni e consuetudini disponenti altrimenti dal Gius romano richiamato nella sua prima osservanza.

Nè contro questa conclusione si potrebbe opporre che in tale specie di fatto *si esce dalla sfera dell' ordine successorio* contemplato dalla Legge 6 Termidoro; imperocchè la materia delle successioni testate importa di sua natura la ispezione della *libera facoltà* della persona disponente per testamento. Ora egli è manifesto che la questione nel caso nostro sarebbe caduta appunto su questa stessa *facoltà*, poichè si avrebbe dovuto indagare se con questo assenso il testatore abbia limitato a sè stesso il diritto di disporre della sua facoltà *causa mortis*; ed anzi se da sè stesso siasi privato del potere di disporre ulteriormente a proprio beneplacito della sua successione. Facendo valere le massime feudali e canoniche introdotte, si avrebbe dovuto concludere che il patto successorio è irretrattabile, ed irretrattabile pure l'assenso del padrone della futura eredità; lo che avrebbe interamente ripugnato al principio riguardante la libertà dei testamenti adottata dal Diritto romano, e che in questa stessa specie di fatto intendeva che fosse illesa. Dunque è evidente che fra le disposizioni dei patti successorj del Gius romano e le

disposizioni riguardanti direttamente la materia dei testamenti vi ha una connessione, per cui in qualche caso pratico le une non possono stare senza delle altre; e per lo contrario ammettendo le posteriori disposizioni contrarie nella materia dei patti successorj, si verrebbe a ferire le disposizioni *dirette* e *proprie* delle materie testamentarie.

Prendendo la cosa sotto un altro aspetto, si potrebbe dire che i diversi modi, onde succedere ad un defunto, appartengono essenzialmente all'ordine successorio stabilito dalla Legge, e formano parte integrante del Diritto in materia di successioni richiamato dalla Legge 6 Termidoro. Ma così è, che i patti successorj formano essenzialmente un mezzo di successione, com'è per sè evidente. Dunque la Legge 6 Termidoro, che ha richiamato in osservanza il Gius romano su tutta la materia delle successioni testate ed intestate, ha per ciò stesso richiamato pure in osservanza le disposizioni relative ai patti successorj, come uno dei mezzi di acquistare o di trasmettere le eredità. Considerando pertanto la materia di tali patti, tanto rispetto ai testatori, quanto rispetto agli eredi sì testati che intestati, risulta evidentemente, che co'l richiamare il Jus romano in materia di successione furono pure richiamate in osservanza le disposizioni relative ai patti successorj, e quindi alle rinuncie che nel loro seno involgono simili patti.

È indubitato che alla materia delle successioni appartiene pur quella del modo co'l quale le successioni si trasmettono anche senza pattuire della successione futura d'una terza persona vivente, di cui si è parlato fin quì. Richiamando adunque in osservanza il Diritto romano, sono pure richiamate le disposizioni relative a sì fatto modo di succedere scambievolmente. Ma così è, che il patto di mutua successione è riprovato dalla Legge romana 19. Cod. *De pactis* (vedi Pothier *Pand.* Lib. II. Tit. 14. § 62), meno che nelle persone militari: dunque è chiaro che anche questo cade necessariamente nelle disposizioni richiamate dalla Legge 6 Termidoro.

Parimente per la Legge 15. Cod. *De pactis* il patto fatto dal padre in uno strumento dotale d'instituire la figlia egualmente co' i maschi, e di legarsi la libertà di testare, è dichiarato positivamente nullo. *Pactum, quod dotali instrumento comprehensum est, ut, si pater vita fungeretur, ex aequa portione ea, quae nubebat, cum fratre haeres patris sui esset: neque ullam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.*

Da ciò risulta, che riguardando il diritto di succedere in tutti i modi possibili, sia per patto fra due terzi per le eredità d'un vivente, sia per

patto fra due padroni dell'eredità, sia per patto fra il padrone di una eredità ed un terzo (lo che costituisce tutte le possibili combinazioni in questa materia); il Diritto romano ha disposto chiaramente: e che in tutti questi casi, trattandosi sia del modo di abilitare ad una successione per parte di chi può disporre, sia del modo di acquistarla per parte di chi può riceverla; tutte queste disposizioni entrano essenzialmente come parte integrante nella Legge 6 Termidoro, la quale, per confessione della Corte di Cassazione, ha richiamato il Jus romano nella materia tutta delle successioni sì testate che intestate.

VIII. *Esame e confutazione del secondo objetto della Corte di Cassazione.*

§ 633. Dopo queste osservazioni egli è facile rilevare l'assurdità inchiusa nel secondo riflesso della Corte di Cassazione. In esso si pone per ipotesi, che il Jus romano, relativo ai patti successorj, sia stato richiamato in osservanza. « Dato ciò e non concesso (dice la Corte di Cassa-» zione), sarebbe sempre vero che tali disposizioni non potrebbero rite-» nersi richiamate che nei casi, modi, forme e limitazioni, con cui sol-» tanto si trovano costantemente e praticamente adottate le dette dis-» posizioni di Jus romano: e siccome consta che anche nei paesi ov'era » in vigore il Jus comune le rinuncie si ritenevano sussistenti a termini » di ragione, come ne fanno fede i più accreditati scrittori; così questa » stessa massima dee valere anche dopo la promulgazione della suddetta » Legge 6 Termidoro. »

È evidente che quì la Corte di Cassazione fabrica e distrugge nel medesimo tempo. Questi casi, modi, forme e limitazioni sono esse inserite nel Diritto romano, e stabilite nel corpo delle Leggi che lo costituiscono; ovvero sono innovazioni e deroghe introdotte posteriormente in forza di un diverso sistema e di usi invalsi in Italia? Nel primo caso esse formano parte integrante del Diritto stesso romano richiamato, nè vi può essere objetto in contrario; nel secondo caso (e questo è quello appunto contemplato dalla Corte di Cassazione) tali limitazioni, modi e forme sono deroghe reali che distruggono l'integrità della disposizione del Diritto romano, e che veramente ne escludono l'applicazione. Imperocchè, aprendo il Codice romano, noi leggiamo che il padrone di un'eredità non può validamente per mezzo di un patto trasmettere ad altri la sua successione: aprendo all'incontro gli accreditati scrittori citati dalla Corte di Cassazione, troviamo all'opposto ch'egli può farlo,

sia per patto di mutua successione, sia per promessa d'instituire un terzo in una data quota. Oltre a ciò, aprendo il Codice romano troviamo che fra due terzi non si può pattuire su l'eredità futura di una persona vivente senza il di lei consenso; e che questo consenso non è obbligatorio per lei, ma le lascia la libera facoltà di disporre *causa mortis* dei beni contemplati nel patto successorio: all'opposto aprendo gli scrittori citati dalla Corte di Cassazione, troviamo spesse volte che sì fatto patto può essere valido senza il mentovato assenso, e che questo assenso anche prestato lega nel padrone dei beni la facoltà di testare. È dunque più che manifesto che questi casi, modi, forme e limitazioni, accennate dalla Corte di Cassazione, sono essenzialmente deroghe e contradizioni reali, con le quali si toglie di mezzo il diritto che d'altronde essa figura almeno per ipotesi introdotto, e così essa fa sussistere nello stesso tempo e nello stesso soggetto il *sì* ed il *no*; e che per conseguenza il di lei riflesso racchiude un vero assurdo, come abbiamo proposto di dimostrare.

Risulta pertanto dalle cose dette fin quì, che siccome è verità positiva di fatto, concordata e riconosciuta dalla stessa Corte di Cassazione, essere stato richiamato in osservanza il Gius romano in materia di successioni; così sì fatto Diritto deve ammettersi e far valere in tutta la sua integrità anche riguardo ai patti successorj, che formano parte integrante delle Leggi concernenti le successioni medesime, come il loro semplice nome manifesta; e quindi anche riguardo alle rinuncie, che sotto altra forma involgono i patti medesimi, o ne sono una naturale ed essenziale conseguenza.

Sia pur vero che nei paesi, ne' quali il Diritto romano era predominante, siano state introdotte queste forme e limitazioni: sarà egualmente vero che in questa parte saranno state introdotte delle deroghe formali, e che in questa parte stessa si avrà fatto cessare l'osservanza del Diritto romano. Ora rimarrebbe sempre a vedere se la Legge 6 Termidoro abbia voluto mantenere in osservanza queste deroghe parziali, ed unirle all'altra parte del Diritto romano, alla quale non era stato derogato. Ma ben lungi che noi possiamo incontrare nella Legge 6 Termidoro questa intenzione, all'opposto vi leggiamo indizj d'una intenzione totalmente contraria. Si esamini di nuovo il preambolo di detta Legge; si richiami di nuovo la disposizione dell'art. 11., in cui si dichiarano abolite ed annullate tutte le Leggi, Costituzioni, Statuti e consuetudini state finora osservate nei diversi luoghi della Republica, che negli oggetti determinati dalla presente Legge portino una diversa disposizione, o che siano in qualunque modo contrarie a quanto in questa stessa Legge viene or-

dinato: e ben lungi di trovare che il Legislatore transiga con le massime volute dalla Corte di Cassazione, all'opposto si scorge ch'essa vuol tagliare ogni nodo, e far prevalere le massime semplici, uniformi e coerenti dell'anteriore Diritto romano richiamato in osservanza.

Ciò tanto più si conferma dal riflettere, che le pretese forme e limitazioni, accennate dalla Corte di Cassazione, derivarono necessariamente dall'influenza che nelle massime di Diritto aveva il Diritto comune, dal quale furono introdotti i fedecommessi perpetui che la stessa Legge volle aboliti, e che nei paesi dove predominava il Diritto romano costituivano pur parte del Diritto comune; e che pure tali limitazioni derivavano dall' influenza del Diritto feudale, e dal sistema successorio delle famiglie, invalso per la forza delle circostanze.

La radice pertanto di tali forme e limitazioni stava appunto nelle Leggi, Costituzioni, Statuti e consuetudini che la Legge stessa volle aboliti. Dal che è manifesto che la Corte di Cassazione, tolta la causa della Legge, tende a farne sussistere l'effetto; e, quel ch'è più, attribuisce al Legislatore l'imperdonabile incoerenza di aver voluto ammettere gli stessi effetti con l'averne distrutte le cagioni.

Nulla pertanto valgono le autorità alle quali la Corte di Cassazione si rimette, fino a che essa non possa far constare che le limitazioni e forme da lei contemplate siano state volute dalla Legge stessa 6 Termidoro, dalla quale lice arguire una intenzione del tutto contraria.

In forza di questi riflessi pertanto io mi veggo obligato a porre come tesi fondamentale, che = con la legge 6 Termidoro, in cui fu richiamato il Diritto romano nella materia delle successioni, siano pure state richiamate le disposizioni riguardanti i patti successorj e le correlative rinuncie in tutta la loro integrità e per tutte le loro conseguenze; = e che perciò il nuovo Decreto dichiarativo, che viene progettato, debba assumere questa tesi come fondamentale, e debba regolare in conseguenza le sue disposizioni.

IX. *Dei vantaggi derivanti dal ritenere il Diritto romano in tutta la sua semplicità.*

§ 634. Un manifesto vantaggio ridonda da tale veduta; e questo è la estrema *semplicità* e la somma *sicurezza* nel decidere le questioni pendenti e future. Imperocchè con le positive e coerenti disposizioni del Diritto romano cessano tutte quelle moltiformi ed incerte indagini che nascono nel voler determinare i casi, i modi, le forme e le limitazioni imaginate dalla Corte di Cassazione; e si evitano tutti quegli sforzi in-

utili, e spesso fecondi d'errori, che nascono dal voler conciliare elementi incompatibili, e, quel ch'è peggio, elementi nella loro stessa sostanza incerti e versatili, attesa appunto l'incertezza, la versatilità e la contradizione delle diverse opinioni degli scrittori *in subjecta materia*, ai quali sarebbe forza che i Tribunali ricorressero in mancanza di leggi positive.

Questo vantaggio per altro, lo confesso, si dovrebbe sacrificare alla verità e al diritto, quando evidentemente constasse che il Legislatore avesse voluto erigere in diritto le consuetudini e le opinioni alle quali la Corte di Cassazione si riferisce; ma anche nel solo dubio si dovrebbe in un Decreto dichiarativo adottare questa base, avvegnachè con la medesima si tolgono di mezzo quelle incertezze che, moltiplicando le liti, arrecano danno gravissimo agl' interessi particolari delle famiglie, ed occupano inutilmente, e spesso disonorano la dignità dei Tribunali.

X. *Quali sono le leggi, a norma delle quali si debbono decidere tutte le questioni in materia di rinuncie alle successioni?*

§ 635. Dal fin quì detto lice osservare, essere stato preparato il fondamento del progettato Decreto per tutti quei periodi di tempo, su i quali deve cadere la di lui disposizione. Si domanda forse quali siano le Leggi alle quali il Decreto debba rimettere le parti interessate ed i Tribunali all' occasione delle rinuncie fatte *prima* della Legge 6 Termidoro, e ch' ebbero effetto dopo la medesima? — Queste Leggi sono quelle stesse che regolano la sorte dei successibili maschi, in parità dei quali, tolto l'óbice degli Statuti, le donne furono ammesse, semprechè in forza di dette Leggi sia stato acquistato un diritto irrevocabile operativo in futuro, ed anche dopo la morte della persona alla di cui eredità fu rinunciato. Non esistendo poi questo diritto quesito, la Legge regolatrice risulta essere quella della stessa Legge 6 Termidoro, ovvero il Codice Napoleone, sotto l'impero del quale la successione fu operata.

Si domanda forse quale debba essere la Legge regolatrice delle rinuncie *dopo* la promulgazione della Legge 6 Termidoro, e quali ne debbano essere gli effetti al momento dell' apertura della successione? — Questa, si risponde, è la Legge romana, relativa alle successioni sì testate che intestate, nella quale si comprendono tutte le disposizioni su i patti successorj e le rinuncie rispettive, dalle quali se fu acquistato un diritto irrevocabile, esso rendesi operativo alla morte della persona, della di cui eredità si tratta, sia ch'essa sia avvenuta prima del Codice Napoleone, sia ch' essa avvenga dopo la promulgazione del medesimo.

In difetto di tale diritto irrevocabilmente acquistato si dà luogo alla disposizione della Legge, sotto l'impero della qualè la successione si aprì senza limitazione e difficoltà.

Ecco i confini e la sostanza delle massime, su le quali si possono fondare e regolare le disposizioni del progettato Decreto, in conseguenza dell'esame e della discussione premessa in questa Memoria.

XI. *Limitazione irragionevole della Corte di Cassazione alla Legislazione posteriore alla Legge* 6 *Termidoro.*

§ 636. In forza di queste considerazioni egli è inutile esaminare specialmente le subalterne riflessioni della Corte di Cassazione, come già assorbite dalle vedute premesse. Solamente debbo far riflettere ad una conseguenza illegale, tratta dalla Corte di Cassazione considerando il testo isolato dell'art. 7. della detta Legge 6 Termidoro. Ivi trovando essa l'espressione, che *nè il matrimonio, nè la dote pagata, promessa o costituita potranno togliere alle donne i diritti di successione verificabili in loro favore dopo la publicazione del presente Proclama*, la Corte di Cassazione deduce, che quì la Legge ha *rese inefficaci quelle sole rinuncie che le figlie potessero fare al padre a contemplazione soltanto della dote o del matrimonio.* Questo commento, come ognun vede, non regge nè in fatto, nè in diritto. In primo luogo è manifesto che quì il Legislatore non parla di rinuncia veruna, ma solamente del matrimonio, della dote pagata, promessa o costituita in linea di puro *fatto*, e come *operativa* di una esclusione non voluta da lui; e ciò appunto per andare incontro all'opinione di quegli scrittori, i quali precipuamente annettevano a queste circostanze un diritto di esclusione. Con ciò il Legislatore ha voluto più specialmente segnalare la sua intenzione; ma nello stesso tempo non si è mai sognato di autorizzare fuori della dote promessa o pagata, o fuori della contemplazione di matrimonio, altra specie di rinuncia. Ben lungi da ciò, dai due articoli precedenti risulta che con l'attivare il Gius romano, come riconosce la Corte di Cassazione, egli nel resto si è riportato alle disposizioni dello stesso.

A tutti poi è nota la distinzione che passa fra le disposizioni *tassative* e *dimostrative*. La Corte di Cassazione con l'asserire che il Legislatore siasi precisamente limitato soltanto ai casi della dote ed al matrimonio, aveva il carico di provare questa limitazione; e, per equipollenza, che la disposizione, la quale d'altronde non parla di rinuncie, fosse *tassativa*. Ma se a ciò si fosse accinta, non solamente gli sforzi di lei sarebbero stati impotenti, ma, quel ch'è più, sarebbero stati smentiti

da tutto il contesto della Legge, come viene dimostrato riandando gli argomenti già sopra riportati su tale proposito. Alla fine questa osservazione è un perfetto circolo vizioso. Egli è indubitato che qui lo stato delle donne è *parificato* a quello dei maschi, perchè si contempla il loro stato posteriormente alla Legge 6 Termidoro. Ora se dopo la detta Legge esse sono assoggettate all'impero del Diritto romano, esse non solamente lo sono per l'effetto del semplice matrimonio e della dote, ma per qualunque altro effetto derivante da ogni altra specie di rinuncie operative anche per li maschi. Dunque co'l voler limitare il caso delle rinuncie invalide al fatto del matrimonio e della dote, per supporne le rinuncie in altri casi come invalide, egli è un distruggere ciò che fu premesso come certo, per dar luogo a casi contrarj al Diritto stesso romano, che si suppone già introdotto.

XII. *Non si debbono decidere questioni delle rinuncie* ex causa de futuro, *nè altra questione particolare.*

§ 637. Nulla ci rimane a soggiungere su l'argomento delle rinuncie *de futuro ex causa de futuro*, perchè l'esame delle medesime non può formare oggetto di un Decreto interpretativo del Capo intiero di una Legge; imperocchè o queste rinuncie erano autorizzate dal Diritto rispettivamente vigente, e riconosciuto tale dal Governo; o no. Nel primo caso esse rispettivamente sussistono; nel secondo sono implicitamente dichiarate invalide a norma del Diritto medesimo. Ad ogni modo non conviene mai perdere di vista, che co'l progettato Decreto non si deve definire alcuna particolare questione, ma solamente indicare le più sicure norme, onde deciderle in una o in un'altra maniera. Certamente potrebbe venire il caso di decidere tale questione particolare; ma si deve aspettare che intervengano i giudizj contradittorj contemplati dal Regolamento organico, o che la moltitudine delle liti e l'incertezza dei Tribunali suggerisca al Governo una particolare providenza. Qui essa sarebbe fuori di luogo, perchè d'altro non si tratta, che stabilire massime generali ed un criterio fondamentale per tutte le questioni relative alle epoche diverse, su cui possono cadere le questioni.

XIII. *Degli effetti delle rinuncie al tempo dell'apertura delle successioni.*

§ 638. Quanto poi al dubio su l'effetto di quelle rinuncie che furono fatte anteriormente al Codice Napoleone a successioni che si verificano dopo l'attivazione del Codice medesimo, io concedo che con la succes-

sione aperta dopo il Codice stesso non si possa togliere un Jus irrevocabilmente quesito in forza di Leggi anteriormente vigenti; e in ciò sono d'accordo con la Corte di Cassazione. Ciò per altro non impedisce che gli effetti di una successione aperta dopo il Codice Napoleone non debbano essere regolati secondo le disposizioni del Codice medesimo; salvo soltanto ogni diritto irrevocabilmente quesito in forza di legitime rinuncie, od altro atto anteriormente celebrato: ma credo che si debba indicare la regola principale direttiva di questi effetti, ch'è la Legge vigente all'apertura della successione; notando in via d'eccezione, che tali Leggi debbano essere operative, salvo il diritto irrevocabilmente quesito in forza di una rinuncia anteriore.

XIV. *Del* caso impensato *e di qualunque altro particolare.*

§ 639. Quanto poi al *caso impensato*, di cui in ultimo luogo parla la Corte di Cassazione, io accordo bensì che ogni questione debba essere rimessa alle ordinarie ispezioni dei Tribunali, quando la questione possa aver luogo; e quindi debba essere decisa con le Leggi vigenti al tempo in cui fu celebrato l'atto, circa il quale cade la questione del *caso impensato:* ma non posso con la Corte stessa convenire che tale questione debba formare oggetto delle disposizioni del progettato Decreto, sì perchè esso (come fu detto) non deve entrare in particolari questioni, e sì perchè accennando e prescrivendo le norme generali con le quali si debbono giudicare tutte le questioni relative alla materia delle rinuncie, con tali norme decide implicitamente questa ed ogni altra questione che può insorgere in tale materia.

D'altronde poi nelle vedute della Corte di Cassazione sarebbe totalmente inconveniente il decidere in particolare tale questione; avvegnachè dovendosi, secondo il suo parere, lasciare ai Tribunali la libertà delle particolari applicazioni, il Legislatore non potrebbe stabilire altra cosa che un principio ipotetico, il quale non riducendosi che ad una nuda ripetizione dei princìpj stabiliti, sarebbe sempre inconcludente a decidere nei casi pratici le rispettive questioni. E quì occorrerebbe sempre il seguente dilemma. = La rinuncia ad un beneficio sopravenuto per un *caso impensato*, accaduto per opera dell'uomo, della Legge o della fortuna, o è valida in forza delle Leggi vigenti al tempo della fatta rinuncia; o no. = Nel primo caso tale rinuncia sussiste; nell'altro caso essa è nulla e non operativa, onde impedire il godimento dell'eventuale e sopravenuto beneficio. Ecco a che si potrebbe ridurre tutto il discorso del Legislatore nel publicare una Legge semplicemente dichiarativa,

quale appunto viene bramata dalla Corte di Cassazione, e quale dev'essere. Ma con questo discorso è chiaro che il Legislatore commetterebbe un'inutile superfluità, dopo ch'egli avesse dichiarato in generale, che ogni rinuncia (salvo il caso dell'esclusione statutaria) debba dichiararsi sussistente o insussistente, e quindi operativa o non operativa di un irrevocabile jus quesito; e rispettivamente esclusiva di un ulteriore beneficio a norma delle Leggi vigenti, ed obligatorie di qualunque successibile nel tempo della fatta rinuncia. Conchiudiamo adunque, che il progettato Decreto non debba occuparsi in particolare a dichiarare alcuna cosa nè su le rinuncie *de futuro ex causa de futuro*, nè su quelle relative al *caso impensato*, di cui parla la Corte di Cassazione; ma che debba lasciare il tutto al libero giudizio dei Tribunali, indicando soltanto il sistema di Leggi, giusta le quali, avuto riguardo ai rispettivi periodi di tempo, devesi definire ogni questione. Che se mai la Corte di Cassazione avesse in mira di stabilire implicitamente una nuova differenza, si farebbe osservare che ciò è contro la massima da lei esternata: che *non conviene emettere una nuova disposizione, ma solamente restringersi ad alcune semplici dichiarazioni e schiarimenti, onde facilitare l'intelligenza e l'esplicazione della Legge* 6 *Termidoro, senza pregiudicare ai diritti anteriormente quesiti, e fare ingiustamente retroagire la Legge*. Lo che in altri termini significa, che il Legislatore non deve innovar nulla, e che per conseguenza egli deve riportarsi alla certa disposizione delle Leggi anteriori.

Può certamente avvenire il caso speciale, in cui si tratti di decidere l'una o l'altra delle questioni particolari accennate dalla Corte di Cassazione. Allora sarà cura del Governo, in caso di giudizj contradittorj, il determinare ciò ch'è di ragione, a norma del Regolamento organico. Ma quì sarebbe fuori di luogo l'occuparsi di tali questioni singolari e puramente ipotetiche, non solamente perchè mancano gli elementi convenienti, ma sopra tutto perchè l'oggetto proprio di questo Decreto essendo una interpretazione generale di massima della Legge 6 Termidoro, il Legislatore è costretto di attenersi a quelle vedute generali che solamente ne rendano più esplicita l'intenzione, onde decidere *ogni sorta* di questioni che dipendono dal senso, o, dirò meglio, dallo spirito e dalla intenzione di lei.

Ciò tutto premesso, passiamo all'esame del Progetto di Decreto proposto dalla Corte di Cassazione.

ESAME

DEL PROGETTO DI DECRETO PROPOSTO DALLA CORTE DI CASSAZIONE.

---

§ 640. Co 'l primo articolo la Corte di Cassazione propone che il Legislatore dichiari che l'art. 7. della Legge 6 Termidoro *sia applicabile in tutto il Regno, qual Legge transitoria, alle rinuncie fatte dalle donne maritate fino all' attivazione del Codice Napoleone anche per le successioni aperte e che si apriranno sotto l'impero del Codice medesimo.*

OSSERVAZIONI.

Questo articolo per una parte mi pare superfluo e sconveniente, e per l'altra contrario alla Ragione civile ed alla intenzione della suddetta Legge.

Ho detto che per una parte è superfluo, poichè porta l'apparenza e potrebbe far supporre che la Legge 6 Termidoro non sia obligatoria per tutto il Regno nel quale fu publicata, e rinovatane la publicazione all'epoca dell'aggregazione dei nuovi Dipartimenti successivamente uniti al Regno d'Italia.

Ho detto ch'è sconveniente, perchè si fa in certo modo supporre di volere al presente introdurre un nuovo Diritto per gli atti passati: lo che involgerebbe il gravissimo rimprovero di una viziosa retroazione.

Ho detto finalmente, che in un'altra parte è contrario alla Ragione civile, perchè assolutamente si vogliono regolare gli effetti delle successioni aperte dopo il Codice Napoleone con le disposizioni della suddetta Legge 6 Termidoro, quasi non fosse vero che gli effetti delle successioni che si aprono sotto l'impero d'una data Legge debbano regolarsi secondo il disposto della Legge medesima, salvo soltanto ogni diritto anteriormente ed irrevocabilmente quesito. Non può quindi ammettersi l'espressione assoluta della Corte di Cassazione, concepita con le parole: *anche per le successioni aperte e che si apriranno sotto l'impero del Codice medesimo.* La restrizione poi alle *donne maritate* è illegale per le ragioni già premesse.

Per tutti questi riflessi io sono d'avviso che questo primo articolo della Corte di Cassazione debba essere soppresso.

§ 641. Nella prima parte del secondo articolo si stabilisce la massima, che le *rinuncie fatte dalle donne sotto l'impero degli Statuti siano nulle, quando siano famulative di Statuti esclusivi della successione.*

OSSERVAZIONI.

Sono d'accordo con la Corte di Cassazione quanto alla massima di questa prima parte; ma ho difficoltà ad ammettere la redazione. Primieramente dicesi: *le rinuncie fatte dalle donne maritate quando siano meramente famulative, e dipendenti dalla loro esclusione portata dalle Leggi o dagli Statuti veglianti all'epoca delle stesse rinuncie.*

Con questa redazione si lascia luogo a subalterne questioni su la forza della locuzione di *famulative* e *dipendenti*, ed altresì rimane incerta l'idéa di esclusione che quì non si riferisce a nulla. Questa redazione sembra peccare del vizio, già rilevato dal celebre Montesquieu, di enunziare le idée in una maniera indiretta.

Parmi invece, che per fissare meglio le idée conveniva esprimere un oggetto certo, noto e positivo, qual è la disposizione espressa dello Statuto o della Legge vigente, onde non lasciare alcun dubio su l'officio famulativo o dipendente della rinuncia medesima. Sembrami di più, che non si dovesse dimenticare di accennare l'oggetto cardinale della Legge 6 Termidoro interpretata, onde somministrare il criterio fondamentale, al lume del quale determinare il carattere dell' esclusione, e valutarne l' effetto.

§ 642. La Corte di Cassazione prosegue in questo articolo parlando delle dette rinuncie: *Non possono, benchè comprese nel contratto di matrimonio, di costituzione o pagamento di dote, riguardarsi come contratti a senso del su riferito art. 7., onde escluderle dalle successioni aperte dopo le nuove Leggi che le resero successibili.*

OSSERVAZIONI.

In questa redazione prima di tutto osservo da una parte una ridondanza sconveniente allo stile delle Leggi. Più semplice, e non soggetta a díspute ed a cavilli, è la dichiarazione, che tali rinuncie, così dette *famulative*, si considerano come *non avvenute:* perocchè, posta tale idéa, vi sta pure inclusa la loro insussistenza come contratti; do-

vechè per lo contrario con le frasi usate dalla Corte di Cassazione si lascia luogo a cavillare se tali rinuncie possano essere sussistenti altrimenti, e quindi operative contro le donne, le quali dalla Legge si vollero parificate ai maschi, come la stessa Corte espressamente riconobbe nel suo Rapporto.

A prevenire pertanto ogni questione subalterna su l'intelligenza del Decreto interpretativo, ed a fine di prestare al medesimo tutto quel lume ch'egli deve somministrare all'intelligenza delle parti interessate e dei Tribunali, io credo conveniente di sostituire la seguente redazione. = Le rinuncie ad una successione fatta in qualunque modo dalle donne prima della Legge 6 Termidoro, anno V., per tutti quei casi ne' quali dagli Statuti o dalle consuetudini locali esse venivano escluse dal succedere al pari dei maschi, sono riputate come non avvenute ad effetto di privarle di tutti quei diritti, i quali senza le dette rinuncie avrebbero potuto godere al pari dei maschi dopo la Legge medesima. =

È da notarsi che la espressione *per tutti quei casi ne' quali esse venivano escluse ec.* è stata posta a disegno; ed è sommamente importante, perchè con essa s'índicano tutti quegli Statuti, pe' i quali venivano escluse sia in tutto, sia in parte, sia sempre, sia in qualche caso.

Con l'indicazione poi relativa alla sorte dei maschi s'índica il termine di paragone avuto in mira dalla Legge 6 Termidoro, la quale operando in passato come si vide, altro non ebbe in mira che di togliere un óbice di diseguaglianza co' i maschi, senza innovare alcuna cosa quanto alle Leggi allora veglianti. Con le ultime parole poi s'índica l'effetto finale avuto in mira dalla predetta Legge 6 Termidoro, come l'ultimo termine intenzionale della Legge, e che propriamente può formare oggetto d'ogni dísputa giudiziaria.

§ 643. La seconda parte del suddetto articolo 2. sta espressa nei seguenti termini: *Qualora però simili rinuncie ai diritti di successione siano state formalmente stipulate, e dedotte in contratto mediante un correspettivo, od anche per titolo di donazione o misto, e con termini abili a comprendere anche i diritti derivanti* ex causa de futuro, *possono ritenersi efficaci ed operative, a senso sempre dell'artic. 7. della Legge 6 Termidoro, anno V.*

OSSERVAZIONI.

Non so se io m'inganni; ma parmi che in questa seconda parte si distrugga tutto l'effetto della prima, o almeno se ne rovescino i principj

fondamentali. Si noti bene: quì si parla delle rinuncie anteriori alla Legge 6 Termidoro, e precisamente di quelle che la Corte di Cassazione figurò essere fatte sotto l'impero degli Statuti esclusivi. Il senso comune presentava due semplicissimi casi, e questi sono: il caso in cui le donne, facendo le dette rinuncie, avevano facoltà pari ai maschi successibili; e quello in cui non avevano queste tali facoltà. Quanto al primo caso, la Legge 6 Termidoro si rimette all'impero delle Leggi allora vigenti, poichè il suo oggetto altro non fu che di togliere gli óbici statutarj o legali che impedivano questa parità. Su ciò pertanto non rimane discussione veruna: resta dunque l'altro caso, in cui le donne erano a *dispari* condizione. Ed in questo caso appunto la Corte di Cassazione stabilisce, che le rinuncie dedotte in contratto mediante un correspettivo, od anche per titolo di donazione ec., possano ritenersi efficaci ed operative, a senso sempre dell'articolo 7. della Legge 6 Termidoro. — Ma come mai può questo accadere? Se nelle viscere stesse dell'ipotesi si pone l'ostacolo dello Statuto, che rende la condizione delle donne *diversa* da quella dei maschi; come si può figurare che la Legge stessa, che annulla le rinuncie per quest'ostacolo, le voglia poi approvare in forza del medesimo ostacolo, quando le rinuncie medesime sono presentate in una forma diversa? Il principio dominante della Legge qual è? Eccolo. La rinuncia è un atto di volontà; per essere operativo dev'essere libero nel fare o non fare; ed in ciò consiste l'*autorità* propria ed operativa dell'individuo che praticò l'atto volontario. Ma dal momento che esiste una Legge, la quale toglie l'effetto o positivo o negativo della volontà, allora la volontà diventa l'equipollente della Legge; e trasformata in mera obedienza, o in uno sforzo impotente, non vale più della Legge medesima.

Sotto qualunque forma pertanto si annunci questa volontà, essa porta sempre seco il carattere di assoluta soggezione, nè può mai essere operativa per propria autorità. — Dunque è evidente che se si annunzia o co 'l carattere di donazione, o sotto altra forma, essa essendo essenzialmente priva del potere di disporre per propria autorità, si deve sempre dichiarare come inutile, o puramente famulativa.

Si parla di *correspettivo*. Questo vocabolo sotto la disposizione di uno Statuto esclusivo è senza senso: converrebbe supporre un límite preciso al diritto della donna rinunciante; e questo límite dovrebbe stare scritto nella Legge. Ma come si può figurare questo límite legale, e fissato per autorità propria del Legislatore, in tutti quegli Statuti nei quali le donne essendo rese diseguali ai maschi, si stabilisce o che debbano

essere contente della dote stabilita, o che essendo congruamente dotate non possano più pretender nulla? Oltre a ciò, ricorre il seguente dilemma. O questo correspettivo si riferisce allo stato di una donna che può pretendere d'essere trattata al pari dei maschi, o no. Se si riferisce al primo caso, la norma onde misurare il correspettivo sarà la quota appartenente ai maschi; e in questo caso non si potrà più figurare uno Statuto di esclusione, e quindi saremo fuori dell'ipotesi. Nel secondo caso poi si fa sussistere l'óbice che la Legge 6 Termidoro ha voluto tôrre, e nello stesso tempo si rendono valide le rinuncie per un correspettivo imaginato, che non ha appoggio in nessuna Legge positiva; e che anche determinato, supponendo una condizione *dispari* nelle donne, non potrebbe operare verun effetto dopo la Legge 6 Termidoro, in cui le donne si vollero parificate ai maschi anche in un tempo anteriore, quando a ciò non resista se non la disposizione della Legge. — È dunque manifesto che in questa seconda parte si distrugge ciò che fu stabilito nella prima, e si fa rivivere il fondamento di validità che la Legge volle annullare; e che quindi si fa contrastare la Legge contro sè stessa. Sono perciò di parere che questa seconda parte del progettato artic. 2. debba essere rigettata.

Invece io osservo, che coerentemente alla prima parte, ed avendosi tolta di mezzo la disparità statutaria delle donne, conveniva prevedere le questioni che avrebbero potuto insorgere contro le intenzioni della Legge, e ridurre la pretesa delle donne entro i giusti confini. Imperocchè egli è certo che, in forza degli Statuti esclusivi, un padre poteva testare a favore dei figli maschi, senz'avere alcun riguardo alle femine già dotate, e senza stabilire una quota legitima pari a quella dei maschi. Con la Legge 6 Termidoro essendo le femine parificate ai maschi, è facilissimo ch'esse si riguardino per una specie di postliminio poste in addietro in una condizione pari, e quindi argomentino contro una donazione, o un testamento, o altro simile atto, nello stesso modo co 'l quale avrebbero potuto argomentare i maschi; e pretendere quindi che il testamento sia nullo per mancanza d'instituzione loro particolare, e sia rotta la donazione per mancanza di una riserva conveniente. Questo sarebbe un grave disordine, e fuori dell'intenzione del Legislatore, perchè il testatore o il donante avendo da una parte agito di buona fede sotto la scorta di Leggi che lo abilitavano ad operare in sì fatta guisa, e dall'altra la Legge 6 Termidoro non volendo che le femine siano rese di migliore condizione dei maschi, i quali non avevano altro diritto che ad una mera legitima in simili casi; ne segue che con questo ristabili-

mento non rivive in loro che quello stesso diritto che avrebbe appartenuto ai maschi nel caso di una disposizione di volontà dei loro genitori.

Un dilemma vittorioso porrà fine a questa disputa. O la donna senza l'atto di donazione o la rinuncia per correspettivo poteva senza suo consenso essere privata della cosa a lei donata o rinunciata senza potere validamente reclamare, o no. Nel primo caso la donazione e la rinuncia altro non sono che un atto famulativo, e quindi insussistente; nel secondo caso è un vero atto convenzionale. Ma in questo secondo caso noi siamo fuori dei termini dell'ipotesi figurata dalla Corte di Cassazione, e nel primo siamo in termini contradittorj. Ma così è, che la posizione della questione versa appunto su 'l primo caso. Dunque è manifesto che la Corte di Cassazione quì fabrica e distrugge nello stesso tempo.

A fine pertanto di prevenire ogn' ingiusta controversia, sembrami che la seconda parte dell'articolo 2. dovesse essere estesa nella maniera seguente. = Con questa disposizione non viene conferito alle donne il diritto d'agire di nullità contro i testamenti, le donazioni, ed altri atti di simile natura anteriori alla Legge medesima, o a motivo di preterizione, o di avere altro difetto autorizzato dall'esclusione statutaria; ma l'atto essendo d'altronde valido, ed ove non resista un diritto anteriormente quesito, è stata ad esse attribuita la sola facoltà di domandare una porzione equivalente alla legitima o al suo supplemento, pari a quella dovuta ai maschi al tempo della successione. =

§ 644. L'art. 3., progettato dalla Corte di Cassazione, è espresso nei seguenti termini: *Le rinuncie fatte dalle donne maritate a quelle successioni, rapporto alle quali esse erano successibili all'epoca delle stesse rinuncie, non sono soggette ad alcuna alterazione, dipendentemente dal solo titolo della maggior quota attribuita dalla nuova Legge vigente al tempo dell'aperta successione.*

OSSERVAZIONI.

Benchè sotto un aspetto non si possa negare la verità inchiusa in quest'articolo, salva la limitazione alle donne maritate, perchè sarà sempre vero che con le nuove Leggi non si può senza una viziosa retroazione togliere un anteriore diritto irrevocabilmente quesito; ciò non ostante sarebbe inopportuno ossia superfluo in un Decreto Sovrano, quando fosse stato redatto convenientemente. La supposizione della non viziosa retroazione deve predominare in tutto quanto il Decreto; dall'altra parte questo articolo altro non è che una nuda applicazione di

questa massima riguardo all'atto delle rinuncie, che negli antecedenti articoli dev'essere stato contemplato.

Che se co 'l ricordato articolo si avesse avuto intenzione di dare una norma regolatrice per gli *effetti* delle dette rinuncie su le successioni posteriormente aperte e che si apriranno, tale articolo avrebbe dovuto essere esteso in un'altra forma. Onde rendere ragione di questo mio pensiero convien riflettere, che le incumbenze di questo Decreto dichiarativo si riducono a due; cioè: 1.° a stabilire o indicare le norme onde valutare la sussistenza o insussistenza *originaria* delle rinuncie, avuto riguardo al tempo in cui esse furono fatte; 2.° a determinare l'*effetto* di queste rinuncie su le successioni in esse contemplate, avuto riguardo al tempo nel quale si aprono le successioni medesime. Alla prima incumbenza dev'essere soddisfatto co' i primi articoli del detto Decreto; alla seconda con gli articoli posteriori.

Limitandoci a quest'ultima, ragion vuole che prima di tutto si facia valere la regola generale che dirige le successioni nel momento in cui si aprono: lo che importa di stabilire che il loro effetto debba essere regolato a norma delle Leggi, sotto l'impero delle quali si apre la successione. E quì se si trova un diritto anteriore irrevocabilmente quesito, si aggiunga in via di eccezione che l'effetto di questo diritto quesito non debba essere contrariato dalla regola o legge generale che dirige la successione, a fine appunto di non fare viziosamente retroagire la Legge.

Ritenuta questa mira, la redazione dell'ultimo articolo progettato dalla Corte di Cassazione sarebbe viziosa, perchè indicherebbe la sola eccezione senza indicare la regola generale; e così, oltre di dare una providenza imperfetta, toglierebbe al Decreto dichiarativo quella norma ch'esso era tenuto di publicare all'oggetto appunto di prevenire inutili dispute in futuro, e di decidere con sicurezza le pendenti.

Per un altro aspetto poi, dichiarandosi dalla Corte di Cassazione che dal solo titolo della maggior quota attribuita dalla nuova Legge vigente al tempo dell'aperta successione le rinuncie *non debbono essere soggette* ad alcuna alterazione, essa viene a decidere risolutamente una questione particolare che merita una speciale discussione, potendosi giustamente controvertere se il rinunciante, che nel momento della rinuncia non avea presente che la data quantità, per esempio di dieci, al beneficio della quale o in tutto o in parte rinunciava, abbia con ciò inteso di rinunciare anche ad una quota maggiore, per esempio di venti, alla quale allora non poteva pensare; ed oltre a ciò, se pensando anche al caso futuro di questo beneficio, che veniva in lui trasmesso dalla fu-

tura Legge con l'intrinseca condizione di *non potervi rinunciare* (articoli 791. 1130. 1600. del Cod. Napoleone), abbia voluto e potuto preventivamente fare simile rinuncia, stantechè al momento in cui era per ricevere il futuro beneficio della Legge riceveva pure l'*impotenza* di potervi rinunciare. Per tutti questi riflessi non trovo ammissibile il riportato articolo; ma credo che per la questione particolare, ch'egli pretende decidere, ne debba essere rimessa la cognizione ai Tribunali; e per l'oggetto generale del Decreto di determinare gli effetti delle rinuncie, debba essere redatto in una forma diversa. — Sono quindi d'avviso che si possa sostituire la seguente redazione: = Qualunque successione aperta o sotto l'impero della Legge 6 Termidoro, o sotto quello del Codice Napoleone, riguardo alla quale preesiste una rinuncia, deve essere regolata secondo il disposto o della mentovata Legge o del Codice medesimo, salvo ogni diritto irrevocabilmente quesito in forza delle Leggi rispettivamente vigenti al tempo della fatta rinuncia. =

§ 645. Siami ora permesso di offrire il mio Progetto come conseguenza di tutte le cose esposte in questa Memoria.

Napoleone, ec.

Visto, ec.

Considerando essere necessario dichiarare il senso della Legge 6 Termidoro, anno V., riguardante la materia delle rinuncie sia anteriori che posteriori alla detta Legge, e determinare i principj, per mezzo dei quali se ne possa fare una retta applicazione, dichiariamo ed ordiniamo quanto segue.

Art. 1.° Le rinuncie ad una successione fatta *in qualunque modo*(1) dalle donne prima della Legge 6 Termidoro, anno V., per *tutti quei casi* (2) ne' quali esse dagli Statuti e dalle consuetudini locali venivano escluse dal succedere al pari dei maschi, sono riputate come non avvenute ad effetto di privarle di quei diritti i quali senza le dette rinuncie avrebbero potuto godere al pari dei maschi dopo la Legge medesima. Con questa disposizione non è stato conferito alle donne il diritto d'agire di nullità contro i testamenti, le donazioni, ed altri atti di simile na-

(1) Questa frase è necessaria ond'escludere ogni controversia che si potesse fare e che fu fatta riguardo alle diverse forme di rinuncie o per donazione o per correspettivo, di cui sopra si è trattato.

(2) Di sopra si è fatta sentire l'importanza di questa locuzione; e ciò tanto per fissare un'idea diretta, quanto per abbracciare tutti i modi d'esclusione o totale o parziale, o assoluta o condizionata, degli Statuti diversi.

tura anteriori alla Legge medesima, o a motivo di preterizione o di altro difetto autorizzato dalla predetta esclusione; ma per lo contrario l'atto essendo d'altronde valido, ed ove non resista un irrevocabile diritto anteriormente quesito, è stata attribuita ad esse la sola facoltà di domandare una porzione equivalente alla legitima o al suo supplemento, pari a quella dovuta ai maschi al tempo della successione (1).

Art. 2.° Negli altri casi, nei quali la detta esclusione non aveva luogo, le rinuncie delle donne sono dichiarate valide ed operative per quegli stessi titoli pe' i quali, a norma del Diritto allora vigente, potevano essere valide ed operative rispetto a qualunque altro maschio successibile; salve le disposizioni tutorie che dovevansi osservare, avuto riguardo o al sesso, o all'età, o al matrimonio.

Art. 3.° Dopo la detta Legge 6 Termidoro, e prima del Codice Napoleone, ogni rinuncia ad una futura successione, ed ogni altro atto portante un diritto successorio qualunque verificabile in futuro, devesi ritenere sussistente o insussistente a termini delle sole Leggi Giustinianée, richiamate sopra ciò in osservanza dalla detta Legge 6 Termidoro (2).

Art. 4.° Qualunque successione aperta o sotto l'impero della Legge 6 Termidoro, o sotto quello del Codice Napoleone, riguardo alla quale pure esiste una rinuncia, dev'essere regolata secondo il disposto o della mentovata Legge o del Codice medesimo; salvo ogni diritto irrevocabilmente quesito in forza delle Leggi rispettivamente vigenti al tempo della fatta rinuncia (3).

Art. 5.° Le rinuncie fatte alle successioni dopo ch' esse furono già aperte sono tenute ferme, semprechè non abbiano altro vizio riprovato dalle Leggi rispettivamente vigenti al tempo in cui furono fatte.

Art. 6.° Le transazioni, i lodi, le sentenze che ottennero la forza di cosa giudicata e passata in giudicato, riguardanti le dette rinuncie, saranno eseguite secondo la loro forma e tenore.

---

(1) Di sopra si è dimostrata la necessità di questa subalterna spiegazione, onde prevenire nelle donne parificate ai maschi, in forza della Legge 6 Termidoro, una pretesa eccessiva ed illegale.

(2) Questo articolo è sommamente importante ed essenziale per fissare le norme fondamentali, su le quali i Tribunali dovranno decidere le questioni cadenti nell'epoca intermedia fra la Legge 6 Termidoro e il Codice Napoleone, e prevenire la questione pregiudiziale e fondamentale promossa dalla Corte di Cassazione.

(3) I precedenti tre articoli avendo versato su la sussistenza od insussistenza originaria delle rinuncie, lasciavano la necessità di dire qualche cosa su gli effetti delle medesime all'occasione della successiva apertura delle successioni tanto sotto l'impero della Legge 6 Termidoro, quanto sotto quello del Codice Napoleone, ed esigevano perciò la disposizione di questo articolo.

RIASSUNTO E CONCLUSIONE.

§ 646. Qualunque sia l'opinione che piacia di adottare su 'l merito delle rinuncie delle donne, sarà eternamente vero:

1.° Che la natura stessa delle cose importa di considerarle nei due *tempi*, cioè *prima* e *dopo* la Legge 6 Termidoro. Senza di ciò non esisterebbe una norma certa legislativa, con la quale si possano decidere le questioni riguardanti questi due períodi.

2.° Considerando le rinuncie in ognuno di questi períodi, due erano le ispezioni che si presentavano: la prima cadeva su la originaria *sussistenza* o *insussistenza* della rinuncia fatta; la seconda cadeva su gli *effetti legali* della medesima *al tempo dell' apertura della successione*, avuto riguardo all'impero della Legge predominante nel detto tempo.

3.° Ma l'idéa di *sussistenza* o *insussistenza*, di *effetto* o d'*inefficacia legale* involge essenzialmente nel suo concetto la supposizione d'*una legge vigente*, con l'autorità della quale si giudica se l'atto fu originariamente capace od incapace a produrre per sè qualche effetto; e se, avendolo prodotto, allora esso duri fino all'apertura della successione; o se per la sopravenienza delle Leggi posteriori, vigenti al tempo dell'apertura della successione, sia stato tolto o modificato.

4.° Che se cadesse dubio *quale sia la legge* rispettivamente vigente al tempo della rinuncia, od a quello dell'apertura della successione, questo articolo, come essenzialmente preliminare e pregiudiziale, si dovrebbe definire prima di decidere della validità o invalidità, o della conseguente efficacia o non-efficacia della rinuncia: siccome nel caso d'una questione di misura d'un terreno, in cui si disputasse quale e quanto sia il metro o piede di cui si deve far uso, si dovrebbe definire tale questione prima di decidere quella della concreta misura del terreno medesimo.

§ 647. Ecco gli oggetti, sopra i quali doveva versare il progettato Decreto di cui si tratta, fatta astrazione dal merito di ogni questione particolare.

Quì il Legislatore dichiarante non può avere arbitrio alcuno. Oltre a ciò, il suo officio essendo ristretto puramente a *dichiarare* una Legge *preesistente* operante in tempi diversi, deve somministrare la risposta adeguata a tutte le questioni relative a questi tempi.

§ 648. Domandate voi del valore e dell'effetto di una rinuncia delle donne in un tempo *anteriore* alla Legge 6 Termidoro? Il Legislatore deve rispondere: = Tolto l'óbice della disparità tra le femine e i ma-

schi, voi, quanto al valore originario, giudicherete a norma delle Leggi vigenti prima della Legge 6 Termidoro, comuni ai maschi. Quanto poi all'effetto di sì fatte rinuncie tanto sotto l'impero della Legge 6 Termidoro, quanto sotto quello del Codice Napoleone, voi rifletterete se con l'atto originario della rinuncia sia stato irrevocabilmente acquisito un diritto; ed in questo caso farete valere questo diritto in uno alle Leggi vigenti nel tempo in cui la successione si apre. =

§ 649. Domandate voi al Legislatore quale sia il valore originario e quali siano gli effetti delle rinuncie fatte sotto l'impero della Legge 6 Termidoro? Egli deve rispondere: = Voi consulterete, rispetto al valore della rinuncia, le Leggi vigenti tanto per li maschi quanto per le femine dopo la Legge suddetta, poichè una sola Legge regola ambidue i sessi. Rispetto poi all'*effetto* conseguente, se la successione si apre durante l'impero della Legge medesima, voi pronuncerete secondo il disposto da lei: se poi la successione si apre sotto l'impero del Codice Napoleone, voi parimente osserverete se in forza della Legge 6 Termidoro sia stato acquisito qualche diritto irrevocabile; ed allora farete operare le disposizioni del Codice medesimo compatibilmente con questo diritto anteriormente quesito: in caso contrario farete operare il Codice medesimo in tutta la sua estensione. =

§ 650. Premesse queste vedute, domando in primo luogo: se, espresse le cose in tali termini, vi possa mai essere questione con la Corte di Cassazione. — È evidente che no. Perocchè quanto al determinare il valore delle rinuncie anteriori alla Legge 6 Termidoro, essa conviene che, tolto l'óbice della disparità fra i maschi e le femine, le rinuncie di queste debbono essere giudicate a norma delle Leggi allora vigenti e comuni ai maschi. Quanto poi all'effetto di sì fatte rinuncie nel tempo in cui si apre la successione, essa è costretta a convenire che questo effetto si debba regolare a norma delle Leggi vigenti al tempo della successione, salvo soltanto ogni diritto anteriore irrevocabilmente quesito.

§ 651. Rispetto poi alle rinuncie posteriori alla detta Legge, la Corte di Cassazione è costretta a convenire, che quanto al valore originario di sì fatte rinuncie debbasi giudicare secondo le Leggi comuni ai maschi, perchè dopo la detta Legge fu tra i due sessi parificata la condizione. Quanto poi all'effetto, è pure costretta a convenire che questo debbasi regolare a norma delle Leggi vigenti al tempo dell'apertura delle successioni, salvo l'effetto di un diritto anteriore irrevocabilmente quesito.

§ 652. Tutte queste basi sono irrefragabili, voglia o non voglia la Corte di Cassazione. Queste basi sono pur quelle di cui si è fatto uso

e che sono *state* espressamente indicate nel mio Progetto, le quali dovevano essere sanzionate dalla suprema autorità.

A che *dunque* si restringe il punto di differenza e di controversia fra me e la Corte di Cassazione? — Esso si restringe in primo luogo *al punto*: quale debba essere la Legislazione che deve servire di norma per decidere le questioni su le rinuncie intermedie fra la Legge 6 Termidoro e il Codice Napoleone. Io pretendo che questa Legislazione debba essere quella di Giustiniano; nel che comprendo non solamente il nudo Editto successorio, ma eziandio tutte le disposizioni sopra qualunque patto successorio. La Corte di Cassazione, per lo contrario, accorda bensì che debbasi osservare il detto Editto successorio, ma che ne debbano essere escluse le disposizioni riguardanti i patti successorj suddetti, e quindi le rinuncie all'eredità. A me parve che, accordandosi dalla Corte di Cassazione il primo punto, ne venga per necessaria conseguenza anche il secondo; e che, senza indurre una mostruosa contradizione, non si possano scindere le disposizioni riguardanti le successioni testate ed intestate dalle disposizioni riguardanti le successioni medesime per via di patti, come uno dei mezzi appartenenti al sistema delle successioni. Sarà della sapienza dell'Eccellenza Vostra il giudicare su questa controversia.

§ 653. Fratanto lice osservare, che una questione così importante non può rimanere indecisa, e devesi in una o in altra maniera definire, perchè inchiude il criterio fondamentale, co 'l quale si debbono decidere tutte quante le questioni su 'l valore e l'effetto delle rinuncie fatte dopo la Legge 6 Termidoro ed il Codice Napoleone. A mio senso tale questione dev'essere decisa ed espressa a norma dell' articolo 3. da me progettato.

§ 654. Se per avventura si domandasse se co 'l mio Progetto si provegga a *tutte* le questioni che possono insorgere, facile sarebbe la risposta a tale domanda; perchè si dovrebbe all'incontro domandare, se fuori dei casi occorrenti prima e dopo la Legge 6 Termidoro, fino al Codice Napoleone, si possa dal progettato Decreto statuire; e se per l'una e l'altra epoca sia stata assegnata una norma generale, mediante la quale si possano definire sì fatte questioni, indicando appunto e riferendosi alle Leggi rispettivamente vigenti. Trovandosi che l'una e l'altra cosa fu adempiuta, l'animo del Legislatore rimane tranquillo su la pienezza della sua providenza.

§ 655. Si domanderà in fine se il Legislatore, scostandosi da queste vedute generali, debba entrare come giudice a definire *particolari* que-

stioni che possono occorrere nell'una e nell'altra epoca intorno al valore di una o di altra rinuncia particolare fatta in un modo o in un altro. A questa domanda mi è parso di rispondere negativamente. Nello stato attuale delle cose, in cui il Legislatore non è provocato a decidere veruna questione particolare pendente avanti ai Tribunali, ma solamente a dichiarare una Legge in tutti i rapporti ch'essa racchiude, niuna ragione vi può essere, per la quale egli debba prendere di mira più tosto un caso che l'altro.

§ 656. D'altronde poi ognuno di questi casi esigendo una particolarissima discussione, e dovendosi presupporre una sanzione precedente su basi fondamentali e sicure non ancora fissate, non potrebb'essere definito con sicurezza nello stato presente delle cose.

§ 657. Finalmente ridotto il Legislatore ad una veduta meramente ipotetica, egli dovrebbe prescindere da molte circostanze di fatto decisive del Diritto, e sarebbe costretto a ripetere in particolare, in via di applicazione, la sua disposizione già sanzionata in via generale.

§ 658. Io ben conosco che con ciò si escludono per ora le disposizioni particolari progettate dalla Corte di Cassazione; ma non si preclude l'ádito alle medesime, avvegnachè esse potranno aver luogo nei casi speciali occorrenti, che dovranno essere decisi giusta le norme generali del progettato Decreto. Rimessa pertanto la loro cognizione a separati e particolari giudizj, il Legislatore, senza servire a mire occulte ed interessate, devesi limitare all'officio a cui presentemente egli è chiamato.

Soggiungo poi che, esaminato il sentimento della Corte di Cassazione pe' i casi particolari, non potrei mai convenire nella di lei opinione, sia ch'esso dipenda dalla falsa base della figurata Legislazione vigente dopo l'epoca della Legge 6 Termidoro; sia che, indipendentemente da questa, si prendano in considerazione altri principj legali: come se ne può vedere un esempio nell'esame dell'art. 3. progettato dalla Corte medesima. Ad ogni modo pertanto, io lo ripeto, la soluzione dei casi particolari, compresi quelli della Corte di Cassazione, dev'essere rimessa a speciali discussioni.

§ 659. Nulla osserverò poi su la *forma imperfetta* di tutto quanto il Progetto proposto dalla Corte medesima, fatta astrazione dai punti controversi; per lo che, sia in un modo, sia nell'altro, non si vede un tutto insieme di providenze che ordinatamente abbraccino le epoche diverse, su le quali il Legislatore doveva statuire, avuto riguardo tanto al valore, quanto agli effetti delle contemplate rinuncie: ma, trascurato quest'og-

getto, si veggono sostituite alcune singolari disposizioni isolate, e non raccomandate a basi precedenti sicuramente sanzionate.

§ 660. Per soprapiù si consultino: Chabot d'Allier, *Questions transitoires*, V. *Exclusions coutumières*, Tom. II. — Merlin, *Questions de Droit*, V. *Exclusions coutumières*, § 11. — Sirey, Tom. IV. Parte II. pag. 24; Tom. VIII. Parte I. pag. 377.

Ad onta di ogni differenza nella parte storica fra la Legislazione francese e la nostra, vi sono certi principj comuni e generali che non si possono controvertere.

Io conchiudo osservando che lo stato delle cose è tale, che conviene o negar tutto, o conceder tutto.

Milano 26 Agosto 1812.

Firmato: G. D. Romagnosi.

ESPOSIZIONE

DELLA

CONTROVERSIA SU LA RIDUZIONE DELLE DONAZIONI

ANTERIORI AL CODICE NAPOLEONE

DI

GIANDOMENICO ROMAGNOSI

Questo lavoro fu publicato la prima volta in Milano nell'anno 1811.

Est aliquod novum inventum, vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit, et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.

L. 2. § 15. Cod. *De veteri Jure enucleando.*

Dichiarazione preliminare dell'Autore.

§ 661. Se questo scritto altro non contenesse che la nuda esposizione delle ragioni contradittoriamente allegate fin quì su la celebre controversia ancor pendente = *Se ed in qual modo siano riducibili le donazioni fra vivi fatte prima dell'attivazione del Codice Napoleone dai padri morti dopo la medesima attivazione* = io mi sarei astenuto dal publicarlo. Ma dopo quello che fu disputato pro e contro da persone rispettabili, mi parve che la discussione fosse ancora suscettibile d'un maggiore sviluppamento.

Sopra tutto m'è sembrato che per la soluzione del punto controverso fosse cosa importante, anzi decisiva, l'esaminare se, considerato lo *stato positivo* della Legislazione sì romana che del Regno d'Italia, la materia delle donazioni fra vivi e della legitima sia oggetto di ragione *reale*, e sottoposta ai principj e alle regole delle cose di privata proprietà; o pure se sia materia di ragione puramente *civile*, sottoposta ai principj e alle regole degli statuti personali.

Quando la questione su la riduzione delle donazioni involgesse questa ispezione, e si trovasse che la materia è di diritto personale, ognun vede che la sua soluzione dipenderebbe da un principio ancora non contemplato. Ma nello stesso tempo si scorge di leggieri che la discussione sarebbe assaissimo abbreviata e resa facilissima, perchè escluderebbe le varie disquisizioni teoriche che si sono finora poste in campo.

In forza di quest'ultima considerazione potrei forse venire censurato, perchè io non abbia trattata la questione in pochissime pagine. La censura sarebbe giusta, se io mi fossi proposto di esternare un'opinione definitiva. Ma l'officio ch'io assumo in questo scritto è più tosto quello di espositore, che di definitore.

Forse taluno mi domanderà perchè io non abbia parlato di molte decisioni nate nell'Impero francese su 'l punto della riduzione delle donazioni. Ecco la mia risposta. Io non mi sono proposto di dare un Trattato generale su la riducibilità o irreducibilità delle donazioni fra vivi

anteriori alla publicazione del Codice Napoleone; ma unicamente di esporre la controversia della riducibilità di quelle donazioni, nelle quali sono interessate persone che anteriormente avevano un assoluto diritto alla legitima, avuto riguardo alla capacità, alle condizioni e ai diritti fissati dalle Leggi romane e dal Codice Napoleone, riferendomi, come esigeva una questione di Diritto *transitorio*, ad ambedue le Legislazioni.

Io prego invece i miei lettori, ogni qual volta incontrano decisioni in questa materia, a voler riscontrare se si verifichi:

1.° Una donazione fra vivi celebrata sotto l'impero della Legge romana.

2.° Un legitimario assoluto rivestito delle qualità contemplate nella detta Legge, cioè tale che potesse influire anticipatamente su le condizioni della donazione.

3.° Una continuazione di Legislazione, per cui il Codice Napoleone sia succeduto senza intervallo alla Legge romana.

4.° La morte del donatore dopo l'attivazione del Codice Napoleone.

Una sola di queste circostanze, che manchi, fa variare interamente i rapporti di diritto, e quindi rende assolutamente inapplicabile ogni decisione emanata al caso nostro, nel quale convien computare il concorso di tutte, come ognun vede, e si può vittoriosamente dimostrare.

E poichè parliamo di decisioni, siami permesso di prescindere dalle giudiziarie, e d'invitare i lettori ad esaminare se in questa materia esista o no qualche *dichiarazione* o *disposizione legislativa*, la quale possa definitivamente illuminare la controversia. Così, per esempio, si potrebbe indagare se in fatto sia vero o no che il nuovo Legislatore abbia *effettivamente* ridotte, in favore dei legitimarj assoluti, alcune donazioni fra vivi, anteriori al Codice Napoleone, alla quota disponibile stabilita dallo stesso Codice, mentre pure tali donazioni, come contratti di privata proprietà reale, non soffrivano veruna eccezione; dichiarando nello stesso tempo energicamente, che con tale riduzione *non diede* alla legge del Codice stesso verun effetto *retroattivo*.

Questa indagine, come ognun vede, è di *puro fatto*, e quasi non abbisogna che di occhi per essere eseguita. Quando risultasse l'affermativa, la questione non solamente si potrebbe sciogliere in favore dei legitimarj, ma, quel ch'è più, sarebbe già *definita* in una maniera *invariabile*, perchè la definizione sarebbe derivata dalla suprema autorità del Legislatore. Ecco ciò di cui trattasi negli ultimi paragrafi di questo scritto. I lettori, che ho lasciati giudici di tutta la controversia, lo saranno pure di questo punto.

CAPO I.

PREMESSE GENERALI SU LA QUESTIONE.

I. Posizione della questione in fatto e in diritto.

§ 662. Si domanda = « se ed in qual modo siano riducibili le donazioni tra vivi fatte prima dell'attivazione del Codice Napoleone dai padri mancati di vita posteriormente. » =

A fine di giungere ad una soluzione sicura della proposta questione è necessario determinarne prima le condizioni di fatto e di Diritto.

Suppongo dunque in fatto:

1.° Che le leggi romane relative alla successione dei legitimarj ad un padre, e più precisamente quelle relative all' azione della legitima su le donazioni dei padri, fossero in vigore nel tempo in cui furono celebrate le donazioni, delle quali si tratta. Io suppongo perciò che fosse in vigore la Novella XCII., e che al tempo della donazione tutti i figli avessero diritto d' usare di quella Novella.

2.° Che la promulgazione del Codice Napoleone sia accaduta nell' intervallo che passò fra la donazione e la morte del donatore, e che a questo siano sopravissuti i figli.

3.° Che l'azione dei legitimarj non sia diretta ad impugnare l'atto della donazione, domandando che sia dichiarata sostanzialmente invalida; ma che unicamente sia diretta a domandare su la sostanza passata al donatario il *supplemento* della legitima fino al ragguaglio della quota stabilita dal Codice Napoleone.

4.° Che dall'altra parte i donatarj non impugnino assolutamente la riduzione delle donazioni, ma solamente neghino ch' essa possa effettuarsi in una misura diversa da quelle che furono stabilite dalla Legge romana.

Poste queste condizioni di fatto, che risultano dallo stato della controversia realmente agitata, ne viene che la vera posizione della questione è la seguente: cioè = « se i figli o altri legitimarj d'un donatore vivente sotto l' impero della Legge romana, e morto dopo l' attivazione del Codice Napoleone, possano o no pretendere il supplemento della legitima o riserva ad essi stabilita dal Codice medesimo su i beni donati ad altri nel tempo che vigevano le Leggi romane. » =

Io non debbo temere che contro la posizione di tale questione si possano trovare difficoltà; poichè:

1.° Se i legitimarj altro non domandassero che la quota eguale alla romana, non vi sarebbe controversia.

2.° Se questa quota romana non esistesse nell' asse ereditario del donante, non vi sarebbe difficoltà che non dovesse essere supplita dal donatario.

3.° Viceversa anche nel caso che avesse luogo l'azione per la quota del Codice Napoleone, si dovrebbe prima esaurire la sostanza libera del donante, e in mancanza di questa rivolgersi su la sostanza pervenuta al donatario.

Se però consultiamo le cause agitate, e riduciamo il punto di questione a' suoi minimi termini, noi scopriamo che la posizione sovra espressa è ancora troppo ampia; poichè detraendo le cose concedute da ambe le parti, in ultima analisi si trova che la questione si risolve nel ricercare *non se il donatario possa sottostare ad una detrazione di legitima*, *ma se la quantità di questa detrazione possa essere maggiore del triente o del semisse.*

II. A che veramente si riduca il conflitto fra il legitimario e il donatario.

§ 663. Ad ogni modo pertanto l'azione dei legitimarj si riduce ad un' azione meramente *suppletoria* di pagamento, risultante in ultima analisi dal fatto dell'insufficienza dell'asse ereditario libero del donante. In quest'azione pertanto si suppone una specie di precedente escussione fatta dal legitimario creditore per legge su i beni del suo debitore, cioè del donante; consumata la quale, a guisa d'ipotecario, si rivolge pe 'l residuo pagamento contro il terzo possessore, cioè contro il donatario. A parlare dunque esattamente la donazione fatta quì non si revoca nè si riduce, come non si revoca nè si riduce la vendita fatta da un debitore; ma unicamente si evince, da un creditore avente un' ipoteca anteriore condizionata, una parte della sostanza venduta esistente presso il terzo possessore (1).

La lite pertanto si fa tra un creditore e un terzo possessore. Per parte del creditore non si domanda la revoca dell'alienazione, ma il pagamento del residuo suo credito. Per parte dell'acquirente non s'impugna nè la verità, nè la qualità, nè la quantità del credito; perchè non si può impugnare che il figlio, per esempio, in astratto non abbia diritto alla legitima stabilita dal nuovo Codice: imperocchè se nella sostanza

---

(1) Vedi la Nota n.° I. in fine dello scritto.

del donante vi sono beni sufficienti, egli la ottiene senza eccezione; ma soltanto l'acquirente nega che il legitimario possa ripetere da lui il di più eccedente la quota romana. Il donatario adunque non tenta di modificare il diritto del legitimario, ma si restringe ad una mera *eccezione*, con la quale a guisa di scudo respinge ogni detrazione dal patrimonio donatogli, e nulla più. Egli parifica con questa eccezione il suo acquisto ad una compra, su la quale non riconosce altra ipoteca, che quella della vecchia legge. Egli non pretende (supponendolo ragionevole) che i legitimarj succedano in forza della vecchia legge, o che fra loro dividano la successione diversamente da quello che prescrive il Codice Napoleone: egli pretende solamente di non essere molestato in forza dello *stato* delle cose lasciato dall' uso fatto della legge antecedente al di là di quello ch' essa attribuiva al legitimario.

III. Con qual legge si esercita il conflitto fra i donatarj ed i legitimarj.

§ 664. Queste sono le pretese d'ambe le parti. Ma qual è la legge con la quale esse esercitano o possono esercitare oggidì il loro conflitto? Io non parlo delle rispettive ragioni o argomenti *in jure*, ma della sola *facoltà* di *agire* o di *eccepire*. Domando adunque perchè i legitimarj possano agire oggidì contro i donatarj. La risposta è ovvia. Essi possono agire perchè la legge attuale li abilita in generale a domandare la riduzione delle donazioni in tutti quei casi ne' quali può aver luogo.

Per lo contrario domando perchè i donatarj possano *eccepire*, se non perchè la *nuova legge* non permette nè ai giudici nè ai privati di far *retroagire* le disposizioni del Codice Napoleone, il quale da una parte non parla delle donazioni anteriori alla sua publicazione, e dall'altra ordina che alla legge non si dia un effetto retroattivo. Se di fatto esistesse una legge, la quale dichiarasse = che le donazioni fatte prima della publicazione del Codice Napoleone dai padri morti sotto l'impero del Codice medesimo *saranno riducibili* a tenore delle sue disposizioni = non vi sarebbe luogo a disputa.

L'eccezione pertanto primaria ed unica dei donatarj è quella di *retroattività*, e questa è appoggiata all'articolo 2. dello stesso Codice. Ambedue le parti adunque combattono con la scorta della nuova legge. Non vi è dunque veruna servitù fra la legge vecchia e la nuova; ma bensì la legge nuova sempre serve a sè medesima, ossia meglio comanda sempre ed abilita le parti all'attuale conflitto.

IV. Cosa debbano dimostrare i donatarj. Primo aspetto concreto della *eccezione*.

§ 665. Posto ciò, è manifesto che i donatarj debbono dimostrare come, nella specie di fatto che si agita, l'azione dei legitimarj tenda a far *retroagire* la legge. Dico in questa *specie di fatto;* poichè è manifesto che se i donatarj presentassero una donazione *consumata* con la *morte* del donatore *prima* della publicazione del Codice Napoleone, la retroazione sarebbe manifesta. Ma siccome essi presentano solamente un atto che fu fatto bensì prima dell'attivazione del Codice medesimo, ma che però fu susseguito dall'attivazione suddetta prima che il donatario morisse, talchè all'apertura della successione del donatore si trovò che il Codice Napoleone costituiva l'unica legge vigente su la materia delle successioni e delle donazioni fra vivi; così in questa specie di fatto debbono dimostrare come con l'azione dei legitimarj si facia retroagire la legge.

Dunque è manifesto ch'essi debbono dimostrare che = *posto il solo atto di donazione*, senz'aspettare la morte del donatore, quest'atto *sia rispetto ai legitimarj così perfetto e consumato*, ch'escluda di diritto qualunque *detrazione* maggiore di quella del quadrante o del semisse stabilita dalla legge prima della morte del donatore. =

V. La questione è di diritto legislativo, e non esecutivo.

§ 666. Prima ancora di ascoltare le ragioni del donatario domando a qual ordine di diritti appartenga la questione proposta. È essa di Diritto esecutivo o legislativo? Si tratta quì primariamente del diritto dei litiganti, o di quello della legge? Non v'è dubio che l'interesse dei litiganti vi entra come *conseguenza.* Ora domando se il punto che si propone sia di diritto conseguente alla legge che attribuì l'azione e le eccezioni, o non più tosto di diritto antecedente alla legge medesima; se sia di diritto *applicato* dietro la legge promulgata, o di diritto *statuente del Legislatore.* Io mi spiego. — È indubitato che prima della morte del donatore i legitimarj non avevano nè diritto nè azione da promovere contro il donatario. Allora dunque fra queste persone non poteva nascere un effettivo conflitto di diritti. Il donatario dunque prima della morte del donatore non può avere contro di sè che la legge che precedette la morte medesima. Quella legge forse *preparò* allora il diritto del legitimario? il legitimario se ne approfitta dopo la morte del donatore. Non *preparò* essa questo diritto? il legitimario non nè potrà mai far uso.

Dunque la lite verte propriamente fra il donatario e il Legislatore; dunque la questione è di Diritto legislativo, e non esecutivo.

VI. Dell'unione della legge antecedente e susseguente intorno l'*azione* della legittima su le donazioni.

§ 667. L'eccezione di retroazione involge essenzialmente il supposto d'un diritto *irrevocabile* che si pretende leso con l'applicazione della legge posteriore. Quì il diritto del donatario dev'essere essenzialmente *relativo* al legitimario. Dunque il donatario deve dimostrare (non vagamente, ma bensì in questa specie di fatto; non in relazione o al donante o ad altre persone, ma in relazione al legitimario) = di avere *prima* della morte del donatore acquistato, in forza del *solo atto di donazione* celebrato secondo le leggi romane *in faccia del Legislatore*, UN DIRITTO IRREVOCABILE di non sottostare ad una detrazione *maggiore* di quella del Diritto romano fino al punto di escludere l'impero d'una legge sopravenuta prima della morte del donatore. =

Ma se la legge anteriore non avesse attribuito al donatario, *in forza del solo atto* di donazione e *prima* della morte del donatore, questa *irrevocabilità di diritto contro il legitimario*, a fronte d'una legge *posteriore* alla donazione ed anteriore alla morte medesima del donatore; potrebbe mai il donatario armare questa eccezione contro il legitimario, ossia contro il Legislatore? Ricorriamo dunque primieramente alla legge anteriore, statuente non su la donazione e su la legitima prese isolatamente, ma su i rapporti legali e attivi che passano fra l'una e l'altra, e più precisamente intorno all'*azione* della legitima su le donazioni; e vediamo se si possa trarre la prova della tesi proposta, cioè che la legge anteriore abbia *attribuito* al donatario, in forza del *solo atto* di donazione, *prima* della morte del donatore, una tale *irrevocabilità* di diritto *contro il legitimario* da impedire al legitimario stesso di far uso del beneficio d'una legge posteriore alla donazione, ed antecedente alla morte del donatore.

§ 668. La legge ultima, e perciò prevalente, del Diritto romano su questa materia è la Novella XCII. Esaminiamola per vedere se essa produca l'effetto inteso.

Una lettura superficiale ci convince incontanente che Giustiniano in quella Novella non istatuisce su la legitima in grazia delle donazioni, ma bensì statuisce su le donazioni in grazia della legitima. Il fine proprio di essa Novella è quello, che i legitimarj nella distribuzione dell'eredità ottengano, ad onta della liberalità dei loro genitori, la porzione

a loro dovuta per legge. *Volumus* (dice egli) *ut si quis donationem* IMMENSAM *in aliquem aut aliquos filiorum fecerit, necessarium habeat* IN DISTRIBUTIONE HAEREDITATIS *tantam unicuique filiorum servare ex lege partem, quanta fuit priusquam donationem pater in filium aut filios, quos ea honoravit, faceret. Sic enim nihil ulterius in donationibus querentur qui* HABENT *quidem in omni substantia patris quod legitimum est . . . . . necessitatem autem habentibus omnibus modis complere fratribus quod haec* (*haereditas*) *defert.*

Si ponderi bene questo tratto della Novella. Forse quì Giustiniano si occupa nello stabilire condizioni o riserve alle donazioni, perchè indi ne nasca il diritto alla legitima? Nulla affatto. Egli d'altro non si occupa, che dello stato del patrimonio al tempo della morte del donante, e vuole ad ogni modo che i figli allora ottengano la porzione loro dovuta per legge. Egli considera la donazione come cosa separata, e dice in sostanza ai padri: comunque grande sia la donazione da voi fatta, siavi o non siavi riserva precedente, a me basta che *alla vostra morte* gli altri figli trovino nel vostro patrimonio la porzione loro attribuita dalla legge. La pretesa riduzione della donazione e la di lei misura sono dunque una *conseguenza*, della quale Giustiniano non parla nè meno. Giustiniano non si è mai sognato di separare l'impero d'una legge nuova, vigente al tempo della morte del donante, dall'azione che in quel tempo può essere esercitata dal legitimario, e di costringerlo a prevalersi di una legge abrogata. Egli avrebbe commesso un assurdo di fatto; poichè senza una legge espressa transitoria un donatario avrebbe potuto argomentare nella seguente maniera: O voi agite in forza della nuova legge, o in forza dell'antecedente. Se agite in forza della nuova legge, voi lo fate invano; perchè prima della donazione essa non esisteva, e quindi non potè essere operativa. Se poi agite in forza della legge antecedente, lo fate parimente invano; perchè voi volete far agire un morto, qual è una legge abrogata.

§ 669. Se voi mi opponeste che il fatto della mia donazione non fu legalmente consumato, perchè al tempo della morte del donante si trova ch'io assorbisco la vostra legitima (lo che non mi era permesso dal Diritto antecedente), vi risponderò che siccome voi non potete far operare la legge stessa in un tempo in cui non vige più, così non potete con la sua autorità impugnare nè far riformare un atto da lei dichiarato illegale, se non in quanto supponete che il suo impero continui ancora. Ma questo impero è estinto: dunque voi non potete più prevalervene.

§ 670. Ma se i donatarj concedono che anche dopo l'attivazione del Codice Napoleone i legitimarj possano almeno far ridurre l'antecedente donazione ai lìmiti della quota romana, essi per ciò stesso uniscono i due tempi, e connettono le due Legislazioni. Essi dunque sono costretti a riconoscere l'impero della nuova legge operante al tempo dell'apertura dell'eredità come unito e succeduto all'antecedente, onde verificare al tempo della morte del donante tanto l'azione del legitimario contro il donatario, quanto le eccezioni del donatario contro il legitimario. In questa unione ha luogo solamente la nuova misura, come la sola in vigore.

§ 671. Giustiniano considerò che quest'azione doveva aver luogo al tempo della distribuzione dell'eredità, *in distributione haereditatis:* dunque Giustiniano ha espressamente fatto agire la legge vigente al tempo della morte tanto per autorizzare la petizione della legitima, quanto per regolare definitivamente la misura della donazione.

Sia pur vero che Giustiniano abbia avuto in mira la quota da lui stabilita; ma è pur anche vero ch'egli *non escluse* espressamente quella che alla legge piacesse in séguito di stabilire: poichè sì nell'uno che nell'altro caso si sarebbe sempre verificato il *carattere indicativo*, ossia la denominazione generica di *porzione legale*, di *legitima*, di *cosa dovuta per legge*.

Se la legge, stando le stesse circostanze, non presume la propria distruzione, essa non pretende nè meno di escludere le utili riforme. Giustiniano stesso professò solennemente quanto segue. *Non enim erubescimus: si* QUID MELIUS *etiam horum*, *quae ipsi prius diximus*, *adinveniamus*, HOC SANCIRE, *et competentem prioribus imponere correctionem* (Novella XXII). Quando adunque Giustiniano per indicare la legitima non usò della frase tassativa di *quadrante* o di *semisse*, ma della denominazione generica di *parte legale* (*servare ex lege partem*), *di ciò ch'è legitimo*, ossia di *legitima* (*quod legitimum est*), di ciò che la eredità deferisce ai figli (*quod haec defert*), usò d'una locuzione, la quale nell'atto che inchiudeva la misura da lui stabilita, non escludeva nè meno ogni altra misura che il Legislatore trovasse conveniente di stabilire prima della morte del donatore, ben vedendo che il Legislatore deve primariamente rispettare i rapporti della publica utilità (1).

§ 672. Riconduciamo il discorso all'argomento preciso al quale fu diretto. È indubitato che Giustiniano nella citata Novella:

---

(1) Vedi in fine la Nota n.° II.

1.° Non parla di riducibilità nè di irreducibilità dell' *atto di donazione*, considerato nel suo principio in relazione alla legitima, ma unicamente contempla l' effetto ch' esso può produrre dopo la morte del donatore in pregiudizio dei legitimarj; e in questo caso prescrive la regola, con la quale le cose donate si possono far entrare nel calcolo estimativo per detrarre indi la legitima.

2.° Non parla di alcun preteso jus quesito del donatario contro il legitimario, o contro una legge che nell' intervallo fra la donazione e la morte del donatore può variare la quantità della legitima. Anzi, presa la locuzione letterale, non esclude le alterazioni che questa legge intermedia può introdurre; talchè ammette nel suo concetto tanto la legge antecedente, quanto la susseguente, purchè preceda la morte del donatore. Dunque il punto della riduzione o non-riduzione fu lasciato sotto l' impero dei *principj generali* di ragione riguardanti la facoltà, la natura e gli effetti sì delle donazioni fra vivi, che della legitima, dedotti dallo *stato reale e complessivo della Legislazione stessa romana.*

3.° In ogni caso poi, sia che si domandi la quota del Codice Napoleone, sia che si domandi la quota romana, è indubitato che si debbono unire *i due tempi*, e prendere in considerazione lo stato legale delle cose prodotto da ambedue le Legislazioni (lo che è *comune* a tutti gli altri affari soggetti al diritto transitorio), e dedurne indi ciò ch' è di diritto.

CAPO II.

SVILUPPAMENTO DELLA QUESTIONE.

§ 673. Premesse le osservazioni antecedenti, su le quali non mi pare che possa cader dubio ragionevole, passiamo alla discussione del punto controverso. Fingiamo perciò una specie di contradittorio fra il donatario ed il legitimario, nel quale ognuno esponga le proprie ragioni.

SEZIONE I.

Ragioni del donatario.

VII. Natura ed effetti della donazione.

§ 674. La questione che si agita fra voi e me (dice il donatario al legitimario), per quel che veggo, non verte intorno la *natura* della donazione e della legitima, ma propriamente intorno l'*azione della legitima su la donazione.* Quest'azione poi non si può sotto la vecchia e la nuova Legislazione verificare se non nel caso che il patrimonio di vostro

padre sia insufficiente a soddisfare al vostro credito; e però in ultimo dipende da una circostanza di fatto puramente eventuale, la quale provoca il conflitto fra voi e me.

Qualunque però sia la forza di quest'azione puramente accidentale, essa sarà necessariamente determinata dalla natura dei due Diritti che vengono a contrasto. Prima dunque di considerarli in conflitto, si devono considerare in sè medesimi, come si fa nel calcolare il risultato delle forze contrarie.

La donazione fra vivi e la legitima, contemplate in sè medesime, hanno certi caratteri tutti proprj, che ne costituiscono la rispettiva natura, e dipendono dal concorso di certe circostanze, che le rende in Diritto indipendenti l'una dall'altra.

Considerate voi la donazione in sè medesima? Allora altro non vi posso ravvisare, se non che un atto libero del padrone di una cosa, co'l quale trasferisce ad un altro il dominio della cosa medesima per sola causa di liberalità e di munificenza, in modo che l'altro ne divenga tosto padrone, nè la cosa stessa torni più in proprietà del cedente.

O questo dominio viene *immantinente*, e senz'altra condizione intermedia, trasmesso all'acquirente; o la detta trasmissione dipende in tutto o in parte da una condizione da verificarsi. Nel primo caso la donazione è *pura;* nel secondo essa o in tutto o in parte è *condizionata* (1).

Nell'uno e nell'altro caso però è sempre irrevocabile pe'l donatore, perchè a lui non ritorna più la cosa donata. Nel caso nostro la condizione della legitima non è diretta per far tornare indietro la cosa, ma bensì o per consolidare al tempo della morte del donante nel dominio del donatario tutta intiera la cosa donata, o per lasciare ai legitimarj l'azione suppletoria attribuita loro in certi casi dalla legge vigente al tempo del contratto.

§ 675. Ciò che si dice di una condizione si verifica di mille altre. Ma quando in Giurisprudenza pronunciate la parola *condizione*, voi esprimete un evento futuro, indipendente dall'arbitrio della persona che si vuole spogliare d'un diritto, all'esistenza del quale *anticipatamente* voi legate la trasmissione o totale o parziale del diritto medesimo; e però esprimete una cosa anticipatamente contemplata (2). Senza di ciò l'evento non sarebbe condizione, ma un fatto estraneo e staccato, e privo di

---

(1) Vedi le rispettive leggi nella Nota III. in fine.

(2) *Conditiones* initio donationis imponuntur. Gottofredo ad L. 4. Cod. *De donationibus quae sub modo.*

qualunque influenza. Dopo che il contratto è chiuso e perfetto, e dopo che la cosa è sortita irrevocabilmente dal patrimonio del donante ed entrata nel patrimonio del donatario, non è più suscettibile di modificazione, nè di veruna condizione (1). La condizione si può in un certo senso parificare all' ipoteca. Essa rassimiglia ad una cifra di pagamento eventuale impressa sopra una carta spedita dal donatore al donatario; ma quando la carta è fuori di mano del donatore, quando essa non può più tornare alle mani di lui, come potrà aggiungervi una seconda cifra, da cui dipenda un eventuale pagamento a carico del donatario maggiore di quello che fu prima stabilito?

Io ricevetti la donazione dal padre vostro con tutte le obligazioni eventuali che la Legge romana esigeva nel tempo in cui fu fatta; e in questo senso tali obligazioni eventuali divennero *condizioni* del mio acquisto. Ne avete voi qualcuna di queste a produrre? eccomi a soddisfarvi. Non ne avete voi di tali? e perchè molestarmi?

Voi producete un aumento del vostro credito fatto dalla legge dopo il mio acquisto; ma io non leggo quest' aumento nè esplicitamente nè implicitamente contemplato nella carta a me trasmessa da vostro padre. Questo aumento non vi entrò nè per fatto dell'uomo, nè per fatto della legge: dunque esso è fuori del contratto; dunque quanto a questo aumento il mio acquisto non è condizionato, ma puro; dunque quanto a quest'aumento io non ebbi veruna *sospensione;* e però il mio jus quesito è perfetto: dunque rispetto alla nuova legge il mio diritto è intangibile, poich' essa vi comanda di rispettarlo.

Sia dunque che voi consideriate la donazione fino da principio pura, sia che la consideriate come condizionata, non potete molestarmi. Vi appigliate voi al secondo partito? Non mi potrete mai offendere fino a che non mi mostriate che l'aumento della nuova legitima si possa computare nel numero delle condizioni ossia delle cose che anticipatamente furono, o per fatto dell'uomo o per fatto della legge allora vigente, stabilite ed impresse su 'l mio acquisto. Mostratemi che la legge o la volontà dei contraenti avessero a quest'evento legato l'obligo mio di pagarvi quest'aumento con le sostanze a me trasferite dal padre vostro, ed io cederò.

---

(1) *Perfecta donatio conditiones postea non capit. Quare si pater tuus donatione facta quasdam post aliquantulum temporis fecisse conditiones videatur, officere hoc nepotibus ejus fratris tui filiis* minime *posse non dubium est.* L. 4. Cod. *De donationibus quae sub modo.*

VIII. Continuazione delle ragioni del donatario. Ragioni per sottrarre la cosa donata dal sottostare all'aumento della vecchia legitima.

§ 676. Voi mi spingerete forse al momento della morte di vostro padre per far giocare il vostro diritto, e far nascere a mio carico un aggravio che prima io non aveva. Ma in questo vostro argomento voi commettete uno scambio d'idée che la buona logica legale non vi permette. Altro è dire che la morte di vostro padre sia il *momento* definitivo, nel quale o l'uno o l'altro dei casi contingibili, prima contemplati come condizione, si trovano verificati, e quindi rendono concreto ed esecutivo il mio obligo verso di voi; ed altro è dire che con la morte di vostro padre, unita alla legge *posteriore* alla donazione, si possa *introdurre* nella donazione medesima una nuova condizione, la quale nè per fatto dell'uomo, nè per fatto della legge prima vi fu apposta.

Finchè alla morte di vostro padre non attribuite altro effetto che quello di rendere reale qualcuna delle condizioni che potevano prima essere contemplate nell'atto della donazione, perchè prima erano stabilite dalla legge, io non ho nulla a dire; ma quando voi volete attribuirle l'effetto d'una *riforma*, voi non conservate più la donazione nella sua integrità, perchè v'introducete una legge a cui allora non fu assoggettata, ma invece praticate una vera *novazione*.

Ora chi vi ha detto che l'assegnazione del tempo possa operare una novazione? Chi vi ha detto che se anche questo tempo rappresentasse la *verificazione* di molte condizioni, o fosse egli stesso una condizione, possa ammettere un diritto ed un obligo che non fu contemplato? L'essenza delle cose è immutabile. Se fu contemplata la partenza, si potrà mai dire che si possa inchiudervi il ritorno? se fu contemplato il meno, si dovrà dunque inchiudervi anche il più? Chi vi ha detto che il più stia nel meno? Ma così è, che per la donazione di vostro padre ad ogni pessimo evento io non era tenuto alla morte di lui che a pagarvi il meno, perchè la legitima romana è minore dell'italica: dunque non mi potrete dimostrare ch'io debba pagare il di più. La morte di vostro padre altro non era che un caso a cui era legato il pagamento tutt'al più di quattro. Questi quattro costituivano il *maximum* a cui si potesse giungere in forza delle leggi vigenti al tempo della donazione. Voi mi volete far pagare otto. Come potreste dimostrarmi che il caso della morte di vostro padre, anche unito all'emanazione della legge intermedia, potesse far cangiare il *fatto passato*, qual era lo stabilimento di quattro? Voi siete dunque costretto a ricorrere ad una *novazione* fatta non dai contraenti, ma

dalla legge sola. Ma per ciò stesso che introducete una novazione non eseguita dai contraenti, voi fate una operazione distruttiva della *irrevocabilità convenzionale* della donazione, e quindi tentate d'offendere il mio jus quesito, pari a quello d'una compra anteriormente soggetta ad una data ipoteca, od altro aggravio condizionale guarentitomi tanto dalla legge anteriore, quanto dalla legge posteriore, le quali ricusano di retroagire a piacere dei privati e dei magistrati.

SEZIONE II.

Risposta del legitimario.

IX. Prime osservazioni intorno l'azione della legitima nelle cose donate.

§ 677. Contro quest'ultima conseguenza (risponde il legitimario) io vengo solamente, lasciando il rimanente. È vero ch'io ricorro ad una novazione praticata in mio favore per fatto della legge; ma vi dico che questa non è una novazione di *diritto*, ma di *puro fatto*, con la quale io non fo *retroagire* la legge, ma la fo continuare nella pienezza di sua autorità. Per giungere alla dimostrazione di questo assunto premetto quanto segue.

1.° Voi non potete negare che = non si ammettono già i figli a conseguire la legitima su i beni donati come tuttora costituenti parte della sostanza del padre defunto, e come quota della di lui eredità. Il loro diritto su tali beni non è che un privilegio loro accordato dalla legge come figli e non come eredi, onde abilitarli, ad onta del trapasso di essi in dominio del donatario, a rivocare quella determinata parte dei beni che la legge pose in condizione = (1).

2.° Sia che io in oggi contro di voi agisca per la quota romana, sia che io agisca per la quota italica, io debbo sempre unire *due tempi*, cioè quello della donazione e quello della morte; e però debbo unire l'impero di due leggi, cioè della romana e dell'italica, nella stessa materia. Ciò è comune a tutti gli affari di Diritto transitorio, come, per esempio, alle azioni ipotecarie derivanti da un documento anteriore alla promulgazione del Codice Napoleone (vedi n.° VI).

3.° Per qualunque delle due leggi io possa agire contro di voi per il supplemento della legitima, io non potrei mai nè domandare la legi-

(1) *Decisioni della Corte di Cassazione nella Causa Morando e Melotti*, pag. 54. 55.

tima, nè impugnare la donazione come eccessiva, se non *dopo la morte* di mio padre; avvegnachè se, per modo d'ipotesi, la donazione fosse stata da principio eccessiva anche secondo il Diritto romano, avuto riguardo al patrimonio d'allora, ma però fra la donazione e la morte si fosse aumentato il patrimonio stesso in modo di trovarvi la mia quota, io non potrei mai recarvi molestia [1].

§ 678. Quali sono le conseguenze derivanti da queste premesse? Eccole.

In qualunque tempo io non riconosco il mio diritto nè da voi, nè da mio padre, ma dalla sola autorità del Legislatore. Egli annette questo diritto alla qualità mia di cittadino, di figlio e di superstite. Considerate voi questo diritto al tempo della donazione? Esso è così prevalente e precipuo, che nè a mio padre era permesso di dare, nè a voi di ritenere alcuna parte della sostanza che mi fu attribuita dal Legislatore; dimodochè non trovando la mia quota libera nella successione di mio padre, io poteva ripeterla da voi: d'onde viene, che la legitima non serve alla donazione, ma la donazione serve alla legitima.

Qualunque cosa pertanto abbiate voi convenuta con mio padre, e qualunque siano state le vostre intenzioni, io non riconosco il mio diritto da voi, nè mi curo se lo abbiate o no contemplato come condizione della vostra convenzione: a me basta trovare alla morte di mio padre il fatto mio. Se avete pensato al mio interesse, e se pretendete di averlo salvato, io non lo riconosco da alcun patto fatto con me, nè con alcun mio procuratore: e però esso non è la conseguenza di alcun atto vostro convenzionale, nè di altro atto di *proprietà* privata di voi e di mio padre; ma di un puro atto di *obedienza* necessaria prestata alla legge. In breve, la detrazione della legitima non è una *condizione* posta dai contraenti, ma in ogni caso è una *legge imperativa e ristrettiva* della medesima, assoggettata alle condizioni di fatto *contemplate dalla legge.*

L'azione di questa legge contro di voi, e quindi su'l preteso contratto irrevocabile, dipende da due fatti: cioè dal fatto della morte di mio padre, e da quello della impotenza del di lui patrimonio a soddisfare al mio credito *privilegiato*. Se dunque considerate il tempo della donazione, voi non potete opporre a me altra eccezione, che quella ch'io voglia *estendere* i confini del mio privilegio al di là della misura stabilita dalla legge; ma non potreste mai eccitare verun conflitto contro la legge medesima, nè far servire me al vostro contratto.

---

(1) Vedi la Nota IV. in fine.

Voi mi replicate, che volendo estendere questo privilegio, io offendo il vostro diritto di proprietà, guarentitovi dalla legge medesima. Avreste ragione, se io volessi estenderlo di mio privato arbitrio: ma quando lo estendessi con l'autorità della legge, non avreste nulla ad oppormi: perchè, rispetto a me, la proprietà vostra irrevocabile non ha luogo se non *dopo* ch' io sia soddisfatto del mio credito privilegiato. Io non dico tutto: la vostra proprietà ed il mio credito sono così correspettivi, che nel caso della legale detrazione, qualunque ella siasi, la *misura* della vostra proprietà assoluta risulta esattamente dalla misura del mio diritto, ed è conseguente e dipendente dalla soddisfazione del mio diritto. Ecco in generale il risultato della forza della legitima su la donazione, derivante dai rapporti essenziali delle cose, qualunque sia la detrazione che si voglia praticare.

X. Continuazione della risposta del legitimario.
Come la variazione della legitima prima della morte del donatore non operi una novazione di diritto.

§ 679. Ciò posto, vediamo se si possa verificare legalmente quella ch' io chiamai *novazione di fatto*. Postochè l'azione mia non si può, secondo ambedue le Legislazioni, verificare e spiegare, nè contro di voi nè contro il patrimonio paterno, che *dopo* la morte di mio padre; e postochè la misura della vostra proprietà irrevocabile è determinata e conseguente alla soddisfazione della mia legitima: ne viene di necessaria conseguenza, che la quantità della vostra proprietà irrevocabile non può, rispetto a me, venire definitivamente stabilita che alla morte stessa di mio padre. Voi pretendete che ciò si facia come se la Legge romana fosse vigente, e non come se fosse vigente il Codice Napoleone. E perchè ciò? Perchè (mi rispondete) io acquistai da vostro padre la sua sostanza, co'l carico verso di voi di quattro, e non di otto: dunque tutto il di più di quattro divenne mio, ed irrevocabilmente mio. Al tempo del mio acquisto fu preparato e convenuto ciò che dopo la morte di vostro padre si doveva fare in vostro vantaggio. Oggidì non fo che consummare ciò che fu preparato allora, nè voi potete pretendere di più.

Ma quì (io ripiglio) parmi che voi commettiate un circolo vizioso; imperocchè la misura della quota che mi perviene per legge si dee e per fatto e per diritto determinare *alla morte* di mio padre, e da ciò quindi desumere la quantità della sostanza che può *irrevocabilmente* rimanere a voi.

Ciò che faceste al tempo della donazione rispetto a me, era in ogni caso una providenza diretta al *futuro*, e non uno stabilimento *per allora*. Allora io era senza attività, senza diritto, ed anzi io non era considerato nè meno come certamente superstite. Ciò che faceste allora non poteva nuocere alla legge operativa al tempo della morte di mio padre, perchè la legge stessa d'allora vi diceva che non prima, ma dopo la morte di mio padre solamente io doveva avere tutto ciò che il Legislatore mi attribuiva. Io non ho ciò che il Legislatore mi attribuisce: dunque voi defraudate me e la legge.

Con la vostra operazione, o signor donatario, fate un giuoco inverso. Voi non determinate più ciò che mi perviene realmente per legge alla morte di mio padre, ma ciò che mi sarebbe pervenuto se mio padre *fosse morto* prima della legge che stabilisce la sola quota a cui posso pretendere. È indubitato che la quota che mi perviene per legge alla morte di mio padre non è quella di quattro, ma di otto. Voi dunque tentate di trarre il presente al passato, e di sottrarre dall'autorità del Legislatore l'effetto della sua legge. E con qual mezzo? Con un giuoco anticipato, fatto di privata autorità fra voi e mio padre.

Ma questo andirivieni diventa illusorio in faccia alla ragione e alla legge. Con qual mezzo, rispetto a me, pretendete di avere guarentito l'irrevocabilità del vostro acquisto e di escludere la mia azione? Co'l dirmi che l'atto della donazione fu, quanto al mio interesse, regolato con la *vista del futuro*, ossia con la vista del diritto che per legge mi poteva competere alla morte di mio padre. Di fatto la legge vi dichiarava, che al momento della *distribuzione dell'eredità*, cioè dopo la morte di mio padre, io doveva ottenere quella quota che la legge mi stabiliva. Dunque il futuro dovette regolare allora i termini della donazione, in modo che la detrazione legale, dovutami al tempo della morte di mio padre, determinasse la misura del vostro acquisto. Quel futuro si è verificato. Che fate voi? Vi sottoponete alle sue leggi? No, perchè sostituite alla legge reale, che domina a tempo della morte, un'altra legge che alla morte di mio padre non era più; e quindi disfate quello che avete fatto, traendo il presente al passato.

§ 680. Voi mi dite che acquistaste la sostanza di mio padre con l'obligo eventuale di quattro, e non di otto, e però il di più di quattro fu fatto vostro irrevocabilmente. — Voi acquistaste (io rispondo) la sostanza di mio padre con l'obligo eventuale di quattro, VARIABILI prima della morte di mio padre, concedo; *invariabili*, nego. Dunque il di più fu fatto vostro irrevocabilmente: nego la conseguenza.

Altro è dire che la legge su la legitima, vigente al tempo della donazione (cioè la Novella XVIII.), vi abilitasse a ricevere tutto ciò che sopravanza ai quattro; ed altro è dire che per ciò stesso *acquistaste* contro la legge il diritto *irrevocabile* di non sottostare *da poi* verso i legitimarj che ai *soli quattro.* Come proverete voi questo jus quesito contro la legge per il *futuro?* Forse l'obligo vostro non riguardava *essenzialmente* ed *unicamente* questo stesso futuro? Chi poteva dunque guarentirvi contro le variazioni della legge? Forse la natura della legitima? No, perchè essa era tutta di privativa spettanza della legge, e d'indole successoria *causa mortis.* Voi non potevate mai stipulare co'l Legislatore, ma solamente dovevate obedire.

Dunque qualsiasi misura di legitima, che prima della morte di mio padre a lui fosse piaciuto di stabilire, subentrava *ipso jure* in luogo del triente e del semisse, onde determinare la misura della riduzione futura della vostra donazione. Forse potevate guarentirvi con *rapporti di fatto* fra voi e me? No, perchè tali rapporti si trovavano allora in uno stato puramente *ipotetico.* Dunque voi non avevate alcun fondamento nè nel fatto della legge, nè nel fatto dell'uomo, onde armare contro la legge questo preteso jus quesito. Resta dunque che questo preteso vostro jus quesito non ebbe verun punto d'appoggio (1).

Voi dunque dovevate fino alla morte di mio padre riguardarvi in faccia della legge come *padrone condizionato* del di più dei quattro, e dire a voi stesso: io avrò tutto questo di più, purchè il Legislatore non venga prima della morte del donatore a sottrarne qualche cosa. Tal è essenzialmente la natura *primitiva* della condizione apposta al mio contratto, che mi obliga a dare ai figli ciò che la legge ad essi stabilisce alla morte del padre loro.

Volete voi tenere un altro discorso? esso non sarà valutabile avanti verun Giudice, se la legge stessa non lo tiene a nome vostro; ma la legge ha sempre stabilito che la misura della quota dei legitimarj è quella sola che si trova stabilita dal Legislatore al tempo della morte. Dall'altra parte ha stabilito che la quantità della donazione non diviene irrevocabile che dopo di aver soddisfatto alla legitima, e per conseguenza se non dopo la morte del donante. Dunque con l'escludere il mio supplemento voi tentate di sottrarre la donazione dall'azione legale della legitima, da cui essa dipende. Se voi volete anticipare l'effetto della legge per defraudarmi, voi fate oltreagire la legge, e non io la fo retroagire.

---

(1) Vedi la Nota n.° V. in fine.

§ 681. A fine di non lasciare verun dubio su questo punto massimo, vi fo osservare che non si può verificare vizio di retroazione dove non havvi violazione di un jus *irrevocabilmente* quesito. Dunque si deve prima provare la *esistenza* di questo jus irrevocabilmente quesito; e però prima di tutto si deve in massima definire *in che consista:* altrimenti la disputa procede all' infinito senza criterio, e senza un mezzo di soluzione. Ciò posto, eccovi come io procedo. « On entend par *droits acquis* » ceux qui étaient *irrévocablement conférés*, et définitivement acquis » avant . . . . . la loi que l' on veut opposer pour empêcher la pleine et » entière jouissance de ces droits » (1). E qui, distinguendo i diritti *personali* dai *reali*, proseguo: « Quant aux droits réels s' ils résultent des » conventions . . . . s' ils ont été stipulés *irrévocables*, ou DÉCLARÉS TELS » par une loi existente, ces sont des droits qu' une loi nouvelle ne peut » abolir. »

Supponendo adunque con voi che la materia delle donazioni fra vivi appartenga alle leggi reali (su di che per ora non voglio disputare), il supposto vostro diritto quesito di non soffrire riduzione maggiore del triente e del semisse dovrà risultare o da una convenzione o da una legge che lo stabilisca, e lo stabilisca come *irrevocabile.*

Invano voi ricorreste alla irrevocabilità generica della donazione: essa vale fra voi e mio padre; ma non fra voi e me. Quanto a me, « la » donazione sembra *perdere* il suo carattere d'*irrevocabilità*, poichè i » beni che la compongono sono tolti in tutto o in parte al donatario, » per soddisfare ai figli la legitima » (2).

Dunque conviene considerare la cosa nei *rapporti che passano fra la legitima e la donazione;* dunque in questi rapporti si deve indagare se sorga o no questo preteso diritto, e se sia irrevocabilmente conferito o acquistato. Ma siccome deve risultare o da una convenzione o da una legge che lo conferisca, e lo dichiari per irrevocabile; dunque si deve ricercare se nei rapporti fra il donatario e il legitimario siavi questa convenzione o questa legge.

Quanto alla convenzione, essa è esclusa dalla stessa ipotesi (vedi il n.° V.). Dunque la indagine si restringe alla legge. Domando adunque se la Legge romana conferisca al donatario un diritto da essa dichiarato *irrevocabile*, a non soffrire alla morte del donatore altra detrazione che quella del triente e del semisse, benchè prima della morte stessa sia so-

---

(1) Chabot d'Allier, *Questiones transitoires.* Vedi *Droits acquis.* — (2) Parole del principe Cambacérès nell'esporre la legislazione comune. Vedi il § 707.

pravenuta una legge che alterò la qualità della legitima. Non basta che la legge abbia preparata una facoltà; non basta ch'essa abbia autorizzato un acquisto; non basta che abbia semplicemente conferito un diritto qualunque: ma è necessario ch'essa lo abbia dichiarato *irrevocabile.* « S'ils » ont été stipulés *irrévocables*, ou déclarés tels par une loi existante » (1).

Si risponde pertanto, che la legge figurata non esiste. All'opposto la Legge romana, lungi dall' attribuire questo diritto al donatario, e di dichiararlo irrevocabile, com'era necessario, essa nella Novella XVIII. concede *semplicemente* ai padri di disporre a loro grado dei beni al di là del triente e del semisse; e nella Novella XCII., volgendo il discorso ai padri donatori, ordina loro che abbiano cura di salvare ai figli la porzione che per legge deve ad essi toccare alla morte dei donatori medesimi, e nulla più.

Dunque voi non potete citare veruna legge speciale, la quale o espressamente o per equivalenza dichiari che i donatarj acquistano con la donazione un *jus irrevocabile* a non soffrire in futuro per alcun caso, e specialmente per quello di una legge precedente alla morte del donatore, una riduzione maggiore del triente e del semisse. Dunque voi mancate del primo e precipuo fondamento della eccezione di retroazione.

§ 682. Non basta dire che voi acquistaste i beni da mio padre, meno la legitima romana: voi nella *riduzione*, che ha luogo nel caso della morte, dovete dimostrarmi che acquistaste un *diritto irrevocabile* che questa legitima non fosse fratanto aumentata, nè potesse contro di voi prendere il luogo del triente e del semisse. La riduzione abbraccia necessariamente due tempi, cioè quello della donazione e quello della morte.

La riducibilità entrò anticipatamente nella donazione non co'i *rapporti isolati* del momento della donazione, ma co'i *rapporti complessivi* di tutte le cose verificabili prima della morte di mio padre; e prova ne sia la considerazione delle cause *posteriori*, della sopravenienza dei figli, del cangiamento del patrimonio, della ingratitudine, ec. Voi dunque dovete provarmi un jus irrevocabilmente conferitovi dalla legge antecedente, capace d'escludere l'aumento *posteriore* verificabile per fatto del Legislatore prima della morte di mio padre; ed allora proverete la vostra eccezione.

Ma quella legge non esiste. Quella legge non può esistere, nè può esistere verun principio ricavato dai rapporti che passano fra la legitima

(1) Se si volesse far valere illimitatamente la collazione semplice d'un diritto come irrevocabile, si violerebbero tutti i principj che servono all'applicazione delle leggi, e specialmente di quelle che versano su i diritti civili.

e la donazione; sì perchè la legitima è di sua natura essenzialmente successoria *causa mortis*, e per legge alterabile prima della morte del donatore; e sì perchè la donazione serve alla legitima, e non la legitima serve alla donazione. Tutto esaminato, si trova che la riserva della legitima nella donazione si deve considerare come = un testamento o legato ordinato dal Legislatore, e mutabile da lui solo prima della morte del donatore, inserito nel contratto stesso di donazione come *regolatore* di quella quantità di beni che eventualmente alla morte del donatore dovrà essere consegnata ai legitimarj, o rimanere in assoluta proprietà del donatario (1). =

Dunque da tutto ciò è manifesto che la novazione che fa la legge con l'aumentare la quantità della legitima prima della morte del donatore non è di *diritto*, ma di *puro fatto*.

XI. Continuazione.

§ 683. Voi mi objettate che l'*aumento* posteriore della legitima non entrò nel vostro contratto nè per fatto dell'uomo, nè per fatto della legge. Dunque esso è *fuori* del contratto; e però quanto ad esso il vostro contratto fu puro, e quindi fu per questo titolo irrevocabile.

A ciò io rispondo: L'aumento posteriore della legitima non entrò nel vostro contratto per fatto espresso dell'uomo, ossia del donante: passi la proposizione. Non entrò per fatto della legge: suddistinguo. Non vi entrò espressamente, ossia come condizione espressamente già stabilita: concedo. Non vi entrò virtualmente, ossia come condizione che il Legislatore aveva diritto d' introdurre *prima della morte del donatore*, e quindi come condizione eventuale fin da principio influente su 'l vostro contratto: lo nego. Voi mi dovete provare o ch' essa non vi potesse entrar più, o che prima della morte del donatore non potesse più influire su le cose da voi acquistate per ciò solo che espressamente non vi entrò prima.

§ 684. La *retroazione* non si può verificare che nei soli affari già consummati; e però dove si tratta d'un affare in cui v'ha un' azione ed eccezione correspettiva, e in cui il diritto dell'uno regola il diritto dell'altro, come nel caso nostro (n.i IX. X.), non si potrà mai dire che l'affare sia realmente ed effettivamente consummato se non quando il diritto regolatore, ch'è quello del legitimario, è nato, e non *prima* ch' egli na-

(1) La prova di questa proposizione si vedrà nel n.° XXXVI., e nella definizione della *donazione fra vivi* addotta da Giustiniano, *Instit.* Lib. II. Tit. VII. Vedi la Nota n.° VI. in fine.

scesse. Prima non era che una speranza e potenza condizionata, e non un diritto. Dunque il diritto del donatario, ch'era subordinato a quello del legitimario, allora potè bensì essere ipoteticamente *regolato*, ma non potè essere consummato rispetto all'obligo di supplire alla legitima. Alla morte del donatore esso si trovò *regolato*, quanto alla sola misura, dalla nuova legge, nè si potè consummare che con la nuova legge. Applicando adunque la nuova legge all'azione del legitimario su le cose donate, non si fa *retroagire* la legge, ma *agire convenientemente*.

« Rétroagir c'est détruire, par l'application d'une disposition nou» velle, ce qui est invariablement RÉGLÉ et CONSOMMÉ en vertu d'une » loi antérieure. La loi du 17 Nivose, par exemple, étoit rétroactive » en ce qu'elle enlevoit à des héritiers des biens dont les lois en vi» gueur lors de l'*ouverture* de la succession leur avoit transféré la » propriété. »

« Mais établit pour l'avenir un ordre de choses nouveau, ce n'est » pas rétroagir. Ainsi, par exemple, encore le Code Napoleon n'est pas » rétroactif dans les dispositions, qui apportent quelque changement à la » fixation de la légitime, qui abolissent des réserves *auparavant éta- » blies* en faveur des frères, qui permettent à un citoyen de disposer » de biens sur lesquels les lois antérieures donnaient des *droits* à sa » famille. »

« Il en est de même du divorce. Il n'ôte pas aux époux le droit ir» révocablement acquis de demeurer dans le mariage, *mais un droit » qu'ils ne pouvoient avoir* que autant que la loi, qui seule a le pouvoir » de régler la forme et les conditions du mariage, le *leur conserveroit.* » En se mariant ils ont dû connoître ce pouvoir de la loi et que rien » n'était capable de les en garantir » (1) (2).

---

(1) Locrè, *Esprit du Code Napoleon*, à l'article 227.

(2) Sebene io non debba troppo occuparmi delle proposizioni d'altri scrittori, che s'incontrano nelle Opere del Romagnosi, tuttavolta non posso a meno di fare qualche osservazione intorno a questo passo di Locrè.

Questo celebre commentatore del Codice civile francese ammette che nei matrimonj contratti sotto la legge anteriore a quella del 1792, la quale per prima autorizzò il divorzio, gli sposi abbiano acquistato irrevocabilmente il diritto di stare uniti in matrimonio; e che tale diritto non può ad essi venir tolto dalla legge posteriore. Qual è dunque l'altro diritto che non potevano avere, se non in quanto la legge loro lo conservasse, e che viene sottratto con l'applicazione della legge del divorzio anche ai matrimonj contratti prima della medesima? Il divorzio rompe il vincolo conjugale; e però come mai si può sostenere che non tolga agli sposi, o all'uno o all'altro di essi, il diritto di stare uniti in matrimonio? La contradizione non potrebb'essere più manifesta.

Oltre a ciò, non regge il paragone con le modificazioni portate da leggi posteriori a certi diritti anche personali, ma cadenti so-

Così dirò io: il donatore donando, e il donatario ricevendo, hanno dovuto conoscere il potere della legge di *accrescere la quantità della legitima* a prò dei figli prima della morte del donatore, non essendo questa cosa di *fatto privato* o di *privato diritto* di proprietà, ma di autorità totalmente legislativa; e quindi che il diritto di detrazione su le cose donate a loro, già stabilito dalla legge antecedente, esercibile dopo la morte del donatore, era suscettibile di aumento, senza che nulla potesse guarentire il donatario da questa detrazione.

§ 685. Qualunque sia l'opinione che si adotti su 'l punto della riduzione delle donazioni, sarà sempre vero che l'influenza pratica della *legitima* su la *donazione* per operare o non operare una detrazione, o per renderla maggiore o minore, dipende interamente tanto dalla fortuna, quanto dalle disposizioni di una legge intermedia fra la donazione e la morte del donatore. Quanto alla fortuna, sotto il nome della quale comprendo la sopravenienza d'un maggior numero di figli o le vicende del patrimonio, la cosa è fuori di dubio; quanto poi ad una legge intermedia, eccovi la prova.

Fingete una donazione così smoderata, che se il donatore fosse morto incontanente, i legitimarj sarebbero stati enormemente lesi; ma che invece sopravenga una legge che diminuisce la legitima, e la riduce alla metà del semisse. Domando io se con questa legge intermedia si guarentisce o no la donazione della riduzione, che avrebbe certamente avuto luogo se la legge non avesse, nell'intervallo fra la donazione e la morte del padre, variata la quantità della legitima. È chiaro che l'eccesso della donazione sarebbe stato guarentito contro i legitimarj; imperocchè se i legitimarj avessero domandato al donatario il semisse assegnato per legge al tempo della donazione, il donatario avrebbe certamente risposto loro: = Quello che non potete pretendere dall'eredità di vostro padre, molto meno lo potete pretendere da me, perchè l'azione vostra contro di me non è che sussidiaria (n.[i] II. VII). Ma così è, che dell'eredità di vostro padre non potete pretendere mai l'intiero semisse, ma la metà sola, perchè questa sola vi fu stabilita dalla legge prima della morte di

---

pra cose; giacchè il matrimonio è diritto d'altra natura, è diritto eminentemente e interamente personale.

Io non discuto su 'l punto della indisolubilità del matrimonio, che non avrebbe mai dovuto essere oggetto di controversia nelle nazioni cristiane: noto soltanto, che anche gli uomini d'ingegno nel commentare delle dottrine erronee e delle leggi turpi commettono degli sbagli.

Qualche cenno intorno al divorzio si legge nella mia nota a pag. 1058 del Vol. IV. di queste Opere. Veggasi pure la nota al § 722 dello scritto presente. (DG)

vostro padre: dunque da me non potete pretendere mai l'intiero semisse, ma la metà; e questa metà la potete pretendere in sussidio solamente nel caso che non la troviate nella stessa eredità. Voi trovaste questa metà nell' eredità medesima; dunque non potete pretendere nulla da me. =

Non sarebbe stato così, se la legge intermedia su le successioni avesse conservata la stessa misura dell'antecedente. In questo caso l'azione sarebbe rimasta intiera ai legitimarj, ed avrebbe avuto luogo la riduzione. Ecco pertanto che anche la legge intermedia fra la donazione e la morte determina la riducibilità o la irreducibilità, almeno nel caso dell' eguaglianza o della minorazione della quota stabilita dalla legge vigente al tempo della donazione.

È dunque evidente che l' azione pratica della legitima su la donazione (almeno per il pari e per il meno) dipende anche dalla disposizione della legge intermedia fra la donazione e la morte del donante.

§ 686. Come mi proverete voi dunque (io ripiglio) che quest' azione non si possa spiegare anche nel caso che questa legge intermedia accresca la quantità della legitima? Ecco l'ultimo punto che vi prego di provare: io vi dispenso dagli altri. Vi prego a non eludere la questione battendo la campagna, o facendo uso d'una viziosa petizione di principio, ma a dimostrarmi la vostra risposta con un principio legale. Ricordatevi sopra tutto, che in fatto pratico vi ha sempre fra la donazione e la morte del donatore una pendenza per voi; ossia devesi aspettare la verificazione di qualcuna delle *condizioni* da me rammentate, dalle quali può risultare la riduzione o non-riduzione della vostra donazione, o, a dir meglio, la detrazione o non-detrazione del patrimonio da voi acquistato per supplire alla mia legitima.

In prevenzione io vi dichiaro di non riconoscere la vostra donazione rispetto a me come perfetta prima della morte di mio padre, ma come condizionata ed in sospeso fino alla morte medesima; e che fra le condizioni eventuali che la tengono in sospeso rispetto a me pongo la sopravenienza d' una legge intermedia, che può accrescere la quantità della legitima. Voi vedete in prevenzione che ricorrereste invano all'effetto della legge del contratto, perchè in quella legge starebbe inchiusa anche questa condizione, che fin da principio regolando *eventualmente* la quantità della mia legitima, regolerebbe in conseguenza anche la misura del vostro acquisto rispetto a me. Quì sarebbe dunque assurdo far giocare il vostro jus quesito, perchè sarebbe lo stesso che sostituire l'effetto alla causa. La libertà originaria della vostra proprietà rispetto al

legitimario non è antecedente, ma conseguente, e dipendente dalla soddisfazione delle ragioni del legitimario. Dunque fin da principio dovete escludere dalle condizioni, che si debbono anticipatamente contemplare, la sopravenienza d'una legge intermedia fra la donazione e la morte del donatore.

Ma è certo che ciò non lo potrete mai eseguire in tutto; perchè consta che la legge posteriore alla donazione, e anteriore alla morte del donatore, operante in *pari* o in *meno*, realmente determina l'azione della legitima su la donazione; e però entra *anticipatamente* nelle condizioni della legge del contratto. Dovete adunque dimostrarmi come non vi possa entrare la legge che opera *in più* a favor mio.

Eccovi pertanto sciolto il quesito propostovi per metà, o per due casi, cioè per il *meno* e per il *pari*; eccovi dimostrato che la legge posteriore alla donazione può determinare senza difficoltà l'azione e l'obligazione fra la legitima e la donazione, senza che la *posteriorità* della legge alla donazione osti alla ragione legale. Posto ciò, se la legge posteriore può *diminuire* l'obligo del donatario verso il legitimario, talchè il diritto anteriore della donazione può essere anche dopo la donazione suscettibile di legale aumento, e l'obligo legale può essere suscettibile di decremento; e perchè per lo stesso mezzo della legge l'obligo identico non potrà essere suscettibile di aumento, e il diritto di decremento?

XII. Ultimo ed estremo termine della questione.

§ 687. L'ultimo ed estremo termine della questione si riduce a questo punto. Io v'invito dunque a provarmi tassativamente, che = la legge posteriore alla donazione, ed anteriore alla morte del donatore, benchè possa *diminuire* l'obligo del donatario verso il legitimario, ciò non ostante non possa *aumentarlo.* =

Quando vogliate porre in campo il vostro jus quesito, non dovete parlarmi d'un jus quesito in genere o verso il donatore o verso altre persone, ma dovete parlarmi d'un vostro jus quesito verso di me prima della morte del donante; e dovete parlarne in relazione al solo fatto della legge, e farmi sentire la ragione precisa, per cui questa legge, riguardante la mia azione verso di voi e la vostra obligazione verso di me, possa dopo la donazione *diminuire* e l'una e l'altra, e non possa *accrescerla.* In una parola, dovete dimostrarmi che il vostro jus quesito anticipatamente contro di me possa essere dopo la donazione *aumentato* per legge, e non *diminuito.* Quì il preteso vostro jus quesito non

lo potete fondare che in una disposizione diretta della legge: talchè non potete prima stabilire il jus quesito, e poi far agire la legge; ma dovete far precedere la legge statuente il jus quesito, e poi escludere l' effetto d' una legge posteriore.

Dal fin quì detto parmi provato che la vostra donazione rispetto a me non era che un affare *pendente* in faccia alla legge. Dunque la novazione della legge intermedia fra la donazione e la morte fu di *puro fatto*, e non di *diritto:* cioè fu bensì verificato per fatto della legge un aumento di legitima, che prima non esisteva; ma nello stesso tempo non fu offeso verun diritto *irrevocabilmente* acquistato dal donatario verso il legitimario, perchè l' azione era ancora *pendente*. Per la qual cosa è dimostrato che non si fa *retroagire* la legge attuale domandando la riserva stabilita dal Codice Napoleone, perchè si agisce in forza d'una legge *precedente* all' apertura della successione in una materia la quale e prima e dopo dipendeva dal solo impero della legge medesima, la quale non trovando l'affare praticamente consummato fra il donatario e il legitimario, potè operare in tutta la sua estensione, senza offendere verun diritto irrevocabilmente acquistato.

Tolta di mezzo questa eccezione, a me non resta più altra incumbenza, perchè l' esercizio del mio diritto non incontra più verun ostacolo, onde ottenere il supplemento domandato.

SEZIONE III.

Replica del donatario.

XIII. Come rispetto al legitimario l'affare della donazione è regolato e consummato sotto l' impero della Legge romana.

§ 688. Il punto della dísputa (replica il donatario) si concentrò su la disposizione della *retroattività* da me opposta. Voi vi siete sforzato a togliere di mezzo questa mia eccezione.

Onde ottener ciò voi avete tentato di provarmi che l'affare della legitima, rispetto alla donazione prima della morte del padre vostro, si potè bensì considerare come *regolato*, ma non come *invariabilmente consummato;* e però che l' azione vostra e l'obligo mio furono nell' intervallo suscettibili della novazione di quantità praticata dal Codice Napoleone.

La prova di questa vostra distinzione l' avete tratta dalla *natura* della legitima, cioè dall' essere cosa indotta per autorità della legge; e dal *tempo* in cui veramente si sviluppa la sua azione, ch'è il tempo della

successione. Da ciò deduceste, che prima che venga un tal tempo non essendo consummata quest'azione, essa è suscettibile almeno di quelle alterazioni che la legge vi può apportare.

Ma in primo luogo, io vi domando se il tempo in cui si esercita o si consumma un'*azione* sia il tempo in cui nasce e si consumma un diritto. L'azione suppone il *diritto* consummato, e non crea il *diritto;* l'azione non è *causa*, ma *conseguenza* del titolo, ossia del diritto. Dunque la pendenza che può lasciare un' azione non ancora esercitata e non ancora esercibile per un'aspettativa, della quale furono anticipatamente regolate le *condizioni*, non è di *jus*, ma di *puro fatto.*

L'ispezione adunque si concentra ad indagare se questa pendenza potesse ammettere una *variazione* intermedia di diritto, ossia una novazione operativa di un diritto prima non esistente.

È indubitato che i rapporti fra la legitima e la donazione non inducono una vera condizione del contratto, ma solamente un carico eventuale verso un terzo, stabilito dalla legge sì per la qualità, che per la quantità. Questo carico non è veramente condizione del contratto, ma una pura riserva di legge. Esso è un obligo assoluto imposto come quello di un' ipoteca, l'esercizio della quale può bensì esistere e non esistere, ma che però non áltera nè la natura nè la quantità dell'ipoteca medesima, e però nell'intervallo non può far accrescere o diminuire il carico eventuale del donatario. Se dunque nell'intervallo non può essere variata la natura e quantità dell'ipoteca, ne viene che correspettivamente non potrà essere variata la natura e la estensione dell'obligo correspettivo del donatario.

Ma per ciò stesso che non può essere variata nè la natura nè la misura dell'obligo, ne viene di necessaria conseguenza che non potrà essere variata la misura di ciò che al donatario rimane di libero a fronte del legitimario. Dunque la rimanente quantità dei beni donati rimane *invariabilmente* libera in mano del donatario rispetto al legitimario medesimo, senza che una tale quantità possa essere offesa dal legitimario, a meno che non voglia ledere il jus irrevocabilmente quesito dal donatario, ossia far retroagire la legge.

L'azione dunque della legitima su la donazione, considerata nel suo *titolo*, è veramente *regolata* e *consummata* prima della morte del donatore, e con l'atto stesso della donazione assoggettato alla legge allora vigente. Essa dunque non può ammettere più alterazione intermedia di diritto, ma solamente una esecuzione di fatto.

XIV. Come il diritto della legitima su la donazione sia regolato e consummato anche rispetto alla legge del Codice Napoleone.

§ 689. Da quello che voi mi opponeste preveggo mi objetterete che il mio argomento vale contro il legitimario, il quale volesse senza la scorta d'una legge introdurre una *novazione intermedia* per accrescere la mia obligazione; ma non vale contro l'autorità d'una nuova legge che sopraviene nell'intervallo fra la donazione e la successione. Ma io vi fo osservare che la mia ragione vale anche contro la legge per ciò solo, ch'io presento un perfetto jus quesito contro il legitimario.

E per verità la legge, sotto l'impero della quale io accettai la donazione, non mi obligava ad ogni pessimo evento a pagare dopo la morte del donatore altra quantità, che quella del triente e del semisse. Dunque in faccia alla legge e rispetto ai legitimarj *il di più* divenne mio, ed irrevocabilmente mio, come nel caso di una compra tutto ciò che non era soggetto ad un'*anteriore* ipoteca diviene irrevocabilmente proprio del compratore. Dunque in forza del solo atto di donazione, regolato secondo la Legge romana, io acquistai un perfetto ed irrevocabile jus quesito di non sottostare ad altra detrazione, che a quella del triente e del semisse. Allorchè pertanto sopravenne la nuova legge trovò in me già stabilito un perfetto ed irrevocabile jus quesito di proprietà contro qualunque posteriore aumento d'ipoteca, ossia contro una maggiore detrazione posteriore; poichè con questa maggiore detrazione posteriore, fatta in favore del legitimario, mi si viene a togliere ciò ch'è divenuto *irrevocabilmente* mio. Io compro da Tizio un bene che valeva dieci mila. Sopra questo bene io era obligato in un certo caso di pagare ad un terzo creditore mille. Questo stesso terzo creditore acquista per un titolo posteriore contro Tizio venditore un aumento di credito per cinquecento. Sarò io mai tenuto di pagare a questo terzo creditore i mille soli, o i mille e cinquecento?

La parità è perfetta. L'azione della legitima cade propriamente su'l patrimonio del donatore. Essa non si esercita contro il donatario che in *sussidio*, cioè in mancanza della sostanza del donatore. Sia dunque pur vero che vostro padre prima di morire abbia contratto l'obligo di una maggiore legitima; egli è lo stesso come se avesse aumentato un suo debito dopo una vendita fatta. Ma l'aumento posteriore di questo debito può esso colpire beni che non erano più presso di lui, e che si trovavano irrevocabilmente distratti dal suo patrimonio? La legge ha potuto aumentare questo debito, ma sempre a suo carico. Ne viene forse la

conseguenza ch'essa abbia voluto colpire il terzo possessore? Ecco ciò che mi dovevate provare.

Io per lo contrario vi dico che la nuova legge, ricusando di retroagire, dichiara difendermi contro di voi, postochè trova i rapporti legali, ossia il titolo di diritto fra voi e me già invariabilmente regolato e consummato.

XV. Confutazione diretta della risposta del legitimario.

§ 690. Sia pur vero che la legge avesse la potenza di accrescere la legitima; e che perciò? Forse ne viene di conseguenza che avesse la potenza di farmi sottostare al pagamento di quest'aumento? Egli è come dire che la legge aveva la potenza di aggravare il venditore con una posteriore prestazione verso un terzo. Ma ne viene forse che il compratore anteriore alla legge debba sottostare a questo *maggiore aggravio*, perchè prima era tenuto all'*aggravio minore?*

Sia pur anche vero che la donazione serva alla legitima; ma egli è vero del pari che vi serve con quelle *condizioni* e con quella *misura* che furono stabilite dalla legge, e non con quelle che potevansi *in progresso stabilire*. Quando adunque il donatario rispetta le une e le altre, egli non può essere aggravato ulteriormente.

Voi volete che l'aumento eventuale della legitima, prima della morte del donatore introdotto per fatto della legge, si debba ammettere come *condizione implicita anteriore al contratto*, e però che possa aver luogo contro di me, come una *condizione implicita* dell'azione suppletoria che voi potevate esercitare. A ciò io rispondo, che la vostra asserzione è *gratuita*. Dall'altra parte poi oppongo il diritto del contratto, il quale non può riconoscere altro aggravio che quello ch'è già determinato, e non un aggravio che possibilmente si può in futuro stabilire. La donazione fra vivi è un *atto di proprietà* operante per sè stesso, e in forza del diritto di padronanza che ognuno esercita su le cose proprie. L'azione della legitima è una *deroga* che la legge introduce anticipatamente a favore dei figli, e per cui fa retroagire la loro azione fino su gli atti di proprietà d'un padre. In breve, il diritto della legitima è un *diritto di eccezione* al primo esercizio del diritto di proprietà, naturalmente competente al padrone di un patrimonio. Ora domando se ad un *diritto di eccezione*, se ad una *deroga* sia permesso di dare una interpretazione *estensiva*, una forza implícita *maggiore* di quella che al Legislatore piaque di espressamente fissarle. Voi mi provocate a provare che l'*aumento* della legitima non potè entrare ad offendere la

donazione, per la ragione che non entrò espressamente nella legge del contratto. Credo ora d'avervi soddisfatto.

§ 691. Con ciò è prevenuto il rimprovero che mi faceste di far anticipare l'azione della legitima per non lasciar luogo che alla detrazione del triente e del semisse, e di sottrarre così dall'azione naturale della legge attuale un affare ch'è di sua giurisdizione, per trasportarlo sotto l'azione d'una legge che non esiste più. Questa operazione non è mia, ma della legge; e con ciò io non fo che seguire l'andamento della legge, imperocchè la posizione del Legislatore fu la seguente.

Prima egli stabilì il diritto dei legitimarj, e considerò il tempo della morte del donatore: fatto ciò, si trasportò con la mente in un tempo *anteriore*, e considerò il donatore in vita; e standogli a cuore che i legitimarj non fossero con un'operazione precedente defraudati della quota destinata loro in morte, egli stabilì che con le *liberalità* fatte in vita non venisse tolta o diminuita la loro quota; dimodochè le liberalità fra vivi dovessero sempre rimanere soggette a riduzione, allorchè nella sostanza paterna i figli non trovassero la soddisfazione della quota medesima.

Con questa operazione che ha egli fatto il Legislatore? Da una parte egli ha bensì limitato *anticipatamente* il diritto naturale di proprietà del donatore, e lo ha limitato ad una *data misura;* ma dall'altra parte lo ha lasciato in tutta la sua forza su tutto il patrimonio che *sopravanza* alla quota medesima: talchè uscendo esso dal suo dominio, ne esce assolutamente libero, e quindi dopo ch'è passato in mano del donatario non è più suscettibile di ulteriore aggravio.

Se dunque sotto l'impero di quella legge fra vostro padre e me intervenne una donazione, per cui io pretendo di *anticipare* l'effetto del mio diritto contro di voi, io altro non fo che seguire la legge stessa che vigeva al tempo del mio contratto, nè commetto alcuna violazione della ragione legale. Io fo uso del diritto di proprietà lasciato *illeso* dalla legge; e abbandono a voi tutta la quantità eccettuata, ossia *anticipatamente ipotecata a favor vostro* dal Legislatore.

La ragion vostra potrebbe essere efficace contro un erede testamentario di vostro padre, che non acquistò la sostanza per titolo irrevocabile; ma non contro un donatario. Sarebbe buona anche contro un donatario, quando la legge precedente avesse anticipatamente attribuito al legitimario il diritto di dedurre tanto la quota già stabilita, quanto quella che il Legislatore potesse stabilire nell'intervallo fra la donazione e la morte del donatore.

Ma quest' attribuzione doveva essere espressa chiaramente, come dev' essere espressa ogni eccezione ed ogni deroga ad un diritto prevalente e riconosciuto di proprietà.

La *conversione* pertanto della vecchia legitima nella nuova, che voi tentaste, fu un vero giuoco fatto senza ragione, anzi contro ragione: quindi l' argomento con cui asserite che il vostro diritto si realizza solamente dopo la morte del donatore, e che dietro la misura di questo diritto voi potete obligarmi alla riduzione autorizzata dalla nuova legge, diventa propriamente un sofisma, perchè intrude tacitamente questa conversione della vecchia nella nuova legitima. Il vostro argomento vale quando conserva la *identità del soggetto*, ossia la identità del diritto a voi spettante per la legge del contratto, co 'l diritto a voi spettante per la legge della successione; ma esso non vale più quando distruggete la identità del soggetto logico, e sostituite una nuova quantità alla prima. Rispondo adunque: la legge del contratto mi diceva che voi dovevate avere nella distribuzione della eredità la quota stabilita dalla legge. Distinguo: la quota stabilita dalla legge stessa del contratto, ossia il triente o il semisse, concedo; un' altra quota maggiore, che per avventura potesse essere stabilita prima della morte del donatore, nego. Io vi aspetto a piè fermo a provarmi concludentemente che la mia distinzione non sussiste.

XVI. Continuazione. Risposta all'ultima questione del legitimario.

§ 692. Passo ora all'ultima questione che mi avete proposta. Voi mi avete provocato a provare tassativamente che = « la legge posteriore alla donazione, ed anteriore alla morte del donatore, benchè possa con la diminuzione della legitima, eseguita prima della morte del donatore, diminuire l' obligo anteriore del donatario verso il legitimario, ciò non ostante *non possa aumentarlo.* » =

Dopo le cose discusse fin quì la risposta è facile. L'obligo anteriore del donatario verso il legitimario non era che puramente *accidentale*, verificabile solamente dopo l' apertura della successione, e sussidiario all' obligo della successione medesima. Prima della successione il legitimario non aveva verun jus quesito a veruna quota su 'l patrimonio del donatore, ma al più una mera speranza verificabile con la morte del donatore medesimo, e con la sopravivenza al medesimo. La legge adunque rispetto a lui non incontrava verun diritto che potesse contrastare la diminuzione della quota stabilita dalla legge antecedente. Ma non è così rispetto al donatario. La legge, rispetto a lui, incontra nel patri-

monio acquistato, nel quale dovrebbe cadere l'aumento, l'ostacolo del jus irrevocabilmente quesito con la donazione antecedente, avvalorata dal titolo di proprietà privata. Essa incontrò l'effetto di un contratto d'una forza irresistibile e perentoria, e per conseguenza non può sottoporre il donatario ad un aumento di obligo se non offendendo questo jus quesito. Ora essa non solamente ricusa di offenderlo, ma anzi professa di difenderlo con la dichiarazione della non-retroattività. Dunque essa può bensì diminuire il carico del donatario verso il legitimario, ma non può accrescerlo.

Ecco la mia risposta; ecco la prova della differenza. Tutto parte da un principio identico: tutto è appoggiato all'unico fondamento della forza del diritto di proprietà, e del rispetto che la legge nuova professa per questo diritto. La mia *eccezione* pertanto sta ferma, e voi siete ancora da capo.

SEZIONE IV.

Seconda risposta del legitimario.

XVII. Prime osservazioni su la Novella XCII.

§ 693. Io sono ancora da capo per provarvi che tutta la vostra replica non sussiste, perchè non sussiste il suo massimo fondamento.

Voi asserite francamente che la legge vigente al tempo della donazione non vi obligava a sottostare, alla morte del donatore, *a verun'altra detrazione* a favore del legitimario, che a quella del *triente* e del *semisse;* e ciò perchè la Legge romana non dava allora al legitimario altro diritto, che quello del triente e del semisse. Ma siete voi sicuro che questa vostra proposizione sia vera e dimostrata?

Io concedo in fatto che l'ultimo Diritto romano vigente aveva assegnato ai legitimarj la quota del triente e del semisse; ma egli è però vero nello stesso tempo, che quando ha statuito su le donazioni in favore dei legitimarj, ha espressamente disposto, che *al tempo della morte del donatore* i figli debbano avere ciò che viene loro *attribuito dalla legge.* Posto ciò, voi dovevate dimostrare che la legge sotto il nome di *legitima* abbia assolutamente e perpetuamente legata l'idéa della sola quota vigente al tempo della donazione; dimodochè anche nel caso che la legge abbia prima della morte del donatore alterata la quantità della stessa legitima, il donatario non debba prestare che il triente ed il semisse: ossia, in altri termini, che la legge regolatrice degli obblighi dei donatarj verso i legitimarj, cioè la Novella XCII., abbia assoluta-

mente e perpetuamente stabilito che il *carico del donatario* alla morte del donatore debba essere ristretto al triente ed al semisse così, che non si debba valutare nè punto nè poco la variazione di quantità che la legge potesse praticare prima della morte del donatore.

Ma la legge del triente o del semisse, ossia la legge della *legitima*, si deve forse quì confondere con la legge della *riduzione?* La prima riguarda un atto semplice ed isolato, che si eseguisce in un *solo tempo*, cioè o un testamento, o un atto di successione; la legge all'opposto della riduzione comprende due tempi, cioè quello della donazione e quello della successione effettiva. E se al tempo del testamento aggregate quello della effettiva successione, dovete recedere dall'immutabilità della legge, perchè siete costretto ad ammettere la nuova legge che intervenne fra la celebrazione del testamento e la morte del testatore.

Considerando adunque la natura, anzi l'essenza *successoria* della legitima, siete costretto per la stessa ragione a recedere dalla *immutabilità* della legge, ossia dalla immutabilità della misura della legitima stessa prima del tempo della riduzione. Dunque al tempo del contratto di donazione siete costretto a riconoscere la *variabilità essenziale* della legitima per solo fatto del Legislatore; e quindi non potete fino da principio, ossia fino dal momento della donazione, prescindere da' suoi effetti, posto che fin da principio dovete soffrire la sua influenza. Tal è il senso della Novella XCII.

§ 694. La questione, come vedete, è di *puro fatto* e d'interpretazione legale. Dalla soluzione chiara e dimostrativa di tale questione dipende tutto il *sostegno* della vostra *eccezione di retroattività.* Ora come dimostrate voi che la Novella XCII. abbia esclusivamente limitato il carico dei donatarj verso i legitimarj alla sola *prestazione* del triente e del semisse?

Leggendo la detta Novella, noi troviamo che la misura della detrazione, che su le cose donate si fa a favore dei legitimarj, viene determinata dietro la misura della quota che i figli possono all'apertura della successione pretendere su 'l patrimonio del padre loro. Se dunque si cerca *quanto il donatario dee prestare* alla morte del donatore, si risponde: *quanto i figli possono per legge domandare* alla morte del padre loro. Voi dunque dovete provare che la Novella XCII. stabilisca che al tempo della morte del donatore i figli non possano domandare al donatario altra quota, che quella ch'era *vigente al tempo della donazione;* o almeno che il donatario non debba prestare altra quota, che quella del triente o del semisse.

Non basta il dire che la legitima vigente al tempo della donazione era quella del triente o del semisse, per dedurne in una maniera esclusiva che il donatario non debba alla morte sottostare alla variazione della legge intermedia: fa d'uopo provare che la Novella XCII. abbia escluso l'effetto di questa legge intermedia.

Per quanto vi sforziate di separare il tempo e l'atto della donazione dal tempo e dall'atto della successione, sarà sempre vero che l'effetto anticipato della legge su 'l contratto di donazione è totalmente determinato e commensurato dall'assoluta e predominante intenzione che i figli non vengano nella *distribuzione dell'eredità* defraudati della legale successione, ossia della quantità loro assegnata dalla legge nella successione dei padri loro.

Voi non vi potrete mai svincolare da questo nodo. Esso è tale, che determina il senso positivo della legge che presiede al contratto di donazione.

Dunque dovevate dimostrarmi che il Legislatore abbia disposto in modo, che ad onta di *una variazione intermedia della legge* non abbia voluto mai che il donatario sottostía ad altra domanda di legitima, che a *quella sola* ch'era vigente al tempo della donazione.

XVIII. Interpretazione della Novella XCII.

§ 695. Ora come potete voi provarmi che la Novella XCII. abbia, anche nel caso d'una variazione legale nella quantità della legitima preceduta alla morte del testatore, inabilitati i legitimarj a domandare la maggior quota stabilita, e costretti ad attenersi al triente ed al semisse?

Ho già avvertito che la porzione che si può detrarre dalle donazioni a favore degli eredi necessarj non viene designata dalla Novella XCII. con la tassativa denominazione di *triente* o di *semisse*, ma con le seguenti; cioè: *Quod legitimum est.* — *Ex lege partem.* — *Quod ex legibus debetur.* — *Quod haereditas defert.*

Ora qual è il senso di queste denominazioni? Si può egli dire che, rispetto al Legislatore, il senso di queste locuzioni siasi ristretto alla disposizione *passata*, in guisa che non possa abbracciare anche un'altra misura che prima della morte del donatore fosse piaciuto al Legislatore stesso di stabilire?

Presentiamo le ricerche nel loro ordine naturale. Qual è il senso tanto generale quanto speciale che, secondo il Diritto romano, conviene annettere a tali locuzioni?

Questo senso è forse ristretto alla sola disposizione letterale della legge, ovvero abbraccia anche ogni disposizione *interpretativa* dedotta dalla mente o dai motivi della legge medesima?

Per me risponderà il celebre Brissonio con l'appoggio delle leggi da lui allegate. *Lex est quae scripto sancit quod vult, aut jubendo aut vetando. — Hinc* legitimum *quod lege aliqua vel Senatusconsulto introductum, institutum, confirmatum, comprobatum est. Ita legitimas conventiones, pacta.* (Paulus, *Defin. in l.* 6. *ff. De pactis.*)

Ita legitimum *jus, quod ex lege descendit, quale est jus agnationis* . . . . .

Et quodcumque aliud jus, *quod ex legibus proficiscitur,* legitimum *vocatur* (1).

E quì passando alla denominazione propria della *legitima,* presa come parte d'una successione deferita dalla legge, indica precisamente essere quella che *sive ex lege Falcidia,* SIVE QUA ALIA, *sive ex constitutionibus Principum, definita.* (§ *Sed haec ita instit. de inoff. test. — L.* 9. *Cod. de impuber. et al. substitut. — L.* 8. *l.* 31. *l.* 34. *Cod. de inoff. — L.* 2. *Cod. de inoff. donat.*)

Sic et portio patronis ex lege Papia debita legitima *appellatur.* (*L.* 19. *Cod. de bon libert. — L.* 1. *Cod. si in fraud. patroni. — L.* 1. *de bonor. possessione contr. tab. libert.*) (2)

Legitima quantitas, *quae legibus et constitutionibus definita ac praescripta est.* (*L.* 25. *Cod. de don. inter virum et uxorem. — L.* 34. *Cod. de donat.*)

Da tutti questi passi consta che sotto le denominazioni generali usate nella Novella XCII. si abbraccia *ogni misura* che la legge stabilisce, senza differenza di tempo e di quantità; e però la interpretazione restrittiva che voi volete dare alla Novella XCII. è per lo meno arbitraria, e priva di fondamento. La legge non distingue tempo alcuno: *et ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

Dall'osservar poi che la legge abbraccia sotto queste denominazioni diverse misure e ogni specie di leggi, senza differenza di tempi e di quantità, e con l'indicare più tosto l'autorità d'onde le cose emanano, che la loro speciale disposizione, noi siamo forzati a riconoscere che la vera mente della Novella XCII. sia d'indicare qualunque quota che il Legislatore stabilisce per la *distribuzione dell'eredità,* ossia di quella che vige all'atto dell'apertura della successione. Di fatto non dice *quod tempore*

---

(1) *De verborum signific.* Lib. X. verbo *Lex.* — (2) Brissonius, loc. cit. pag. mihi 318.

donationis legitimum fuit, aut legibus debebatur; ma *in distributione haereditatis quod legitimum est, quod legibus debetur, quod haereditas defert.* Quest'ultima frase basta da sè sola a troncare ogni disputa. Di fatto quì non si contempla l'eredità per il solo fatto, ma bensì come attribuente un diritto. Essa propriamente esprime *quod ex lege haereditas defert.* Ora l'eredità non attribuisce diritto ad alcuno che in forza della legge vigente all'apertura della successione: dunque Giustiniano ha espressamente assoggettate le donazioni alla detrazione voluta dalla legge vigente al tempo della successione, senza distinguere o eccettuare il caso della differenza di quantità indotta da una legge intermedia. Egli ha stabilito il principio generale; e ciò basta per me.

Procediamo oltre. Io ho domandato se sotto la denominazione di *cosa legitima* si debba intendere solamente ciò che viene espressamente definito dalla legge, od anche ciò che si può dedurre per *interpretazione.* La risposta è già prevenuta. *Et quodcumque aliud jus, quod ex legibus proficiscitur, legitimum est. — Ex legibus enim est* (dice Ulpiano) *tam quod ex verbis, quam quod ex sententia et mente legum proficiscitur.* — (L. 6. § 1. ff. *De verborum significatione*) (1).

XIX. Continuazione.

§ 696. Basta dunque che Giustiniano siasi espresso in una maniera generale, perchè sotto il suo concetto si comprenda anche l'aumento della legitima fatto da una legge posteriore, purchè sia stata publicata prima della morte del donatore. Ogni eccezione avrebbe eccitato un assurdo conflitto, mentr'egli avrebbe stabilito che la misura della legitima si deve determinare dalla legge vigente al tempo della morte, e quella della riduzione dal tempo della donazione; quasichè la legitima dovesse avere due misure, e non una sola.

Questa prima ragione vie più si conferma considerando che, secondo il Diritto romano, la legge posteriore del Codice Napoleone su i legitimarj e i donatarj si deve considerare come puramente *continuativa*, e quindi come formante un solo e stesso contesto con la romana; e ciò perchè fra la prima legitima e la seconda non v'è altra differenza che nella quantità, e la legge della riduzione non la esclude. Non ci faciamo illusione. Il Legislatore è sempre un solo, e come persona legale o morale non muore mai; come non muore mai nè la società, nè l'impero della legge, seben vario nelle sue ordinazioni.

---

(1) Brissonius, loc. cit.

A fine di provare il mio assunto piacciavi di ricordare le seguenti leggi con l'annotazione del celebre Pothier.

Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur (1).

Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est (2).

Sed et posteriores leges ad priores *pertinent, nisi contrariae sint, idque multis argumentis probatur* (3).

Quum posteriores leges prorsus contrariae *sunt prioribus per eas abrogantur. Secus quum magis* quid diversum *quam contrarium praecipiunt; hoc enim casu per eas non abrogantur priores, sed potius ad eas trahuntur, idest cum eis commiscentur* (4).

Queste regole appartengono propriamente all'interpretazione legale, e come le sole regolatrici debbonsi *osservare in tutte le questioni di Diritto transitorio.* Ora se fra la romana e l'italica legitima non v'ha altra variazione che quella della *quantità*, e se il senso grammaticale e legale della Novella XCII. non esclude l'operazione del nuovo Legislatore, con quanta ragione adunque dobbiamo conchiudere che, secondo la mente della legge romana, la legge del Codice Napoleone si deve considerare come *continuativa* della Novella XCII.?

XX. Conferma e conseguenze della interpretazione della Novella XCII.

§ 697. Questa conchiusione si rende irrefragabile dalle seguenti considerazioni.

Posto anche per falsa ipotesi che la locuzione della Novella XCII. fosse ambigua per la sua stessa generalità, e fosse suscettibile del senso ristretto che voi supponete, sarebbe però certo ch'essa ammette per sè sola anche il senso ch'io le attribuisco. Ora nel supposto dubio come si procede? A me veramente dovrebbe bastare d'aver resa dubia la disposizione su cui vi fondate per rendere senza efficacia la vostra eccezione, e dirvi *non probasti.* Ma io voglio far di più: voglio escludere il dubio in favor vostro, e far prevalere la mia interpretazione.

È certo che se il testo isolato presentasse un senso amfibologico, converrebbe ricorrere a qualche argomento legale, il quale potesse determinare più tosto l'uno che l'altro dei due sensi. Ora la prima regola si è, che il senso attribuito non presenti o una contradizione, od una incoerenza legislativa.

(1) L. 26. ff. *De legibus Senatusque Consultis.* Paulus, Lib. IV. Quaest.

(2) L. 27. Tertul. Lib. I. Quaest.

(3) L. 28. Tertul. Lib. I. Quaest.

(4) Pothier *ad Pandectas Justiniani,* Libro I. Tit. III. Art. IV. n.° XIII.

Ora quali sono le conseguenze del senso che voi volete dare alla Novella XCII? È evidente che applicandola a modo vostro al caso controverso, voi stabilite per la cosa stessa *due norme* e *due misure*. Imperocchè voi non regolate più la domanda della *riduzione*, dietro la domanda della legitima competente a me, nè con la norma e misura della stessa, nè avuto riguardo all' unico tempo prescritto per la medesima; ma bensì regolate la domanda della mia *legitima* con la legge della successione vigente al tempo della morte di mio padre (vedi n.^i I. II.), e la domanda della *riduzione* con la legge vigente al tempo della donazione. *Esse donazioni* (voi dite) *non sono riducibili che* A TERMINI DELLE LEGGI ANTERIORI (1). Posto adunque un tale principio, voi non fate più dire a Giustiniano quello che dice realmente, cioè che i figli abbiano nella distribuzione dell'eredità ciò che la legge loro stabilisce, e ciò che il diritto ereditario ad essi attribuisce *alla morte* del padre loro; ma bensì che abbiano solamente quello che la legge per avventura ATTRIBUIVA loro *al tempo della donazione*. Di più, fate dire a Giustiniano che il calcolo estimativo del patrimonio non si dee più fare, avuto riguardo ai rapporti legali ed effettivi della successione, esistenti nel loro vero tempo, cioè alla morte del padre donatore; ma avuto riguardo a leggi che non esistono più ad un tempo in cui i rapporti co 'l legitimario non potevano esistere, ad un tempo in cui la loro stessa speranza era dichiarata prematura. La riduzione è un'operazione *complessiva* che presuppone la collazione, e la collazione presuppone l'azione della legitima, ed anzi si fa per l'interesse della legitima (2). Ora s'egli è vero, secondo il Diritto romano, che *praematura est spes collationis, cum adhuc vivat in cujus de bonis quarta debetur* (3); come potete voi pretendere che Giustiniano facia eseguire questa collazione con le norme delle sole leggi vigenti *prima della morte del donatore?*

È dunque manifesto che voi con la vostra interpretazione rovesciate tutti i principj e tutte le intenzioni spiegate da Giustiniano, per fare unicamente prevalere il vostro interesse, senza che troviate in verun luogo un solo testo che vi autorizzi a praticare tutte queste illegali operazioni.

§ 698. Io all'opposto spiego ed applico la Novella XCII. giusta l'ampiezza naturale del suo senso, e senza urtare verun altro principio legale su questo punto; perchè nella *distribuzione dell'eredità* fo perve-

---

(1) *Decisioni nella Causa Morando e Melotti*, 81. 82.

(2) Vedi la Nota VII. in fine.

(3) L. 1. § 21. ff. *De collatione bonorum*.

nire ai figli ciò che loro l'*eredità stessa deferisce;* perchè loro attribuisco ciò che loro *è dovuto per legge*, come dice Giustiniano, mentre non si può riconoscere come legge se non la volontà attuale e vigente del Legislatore. Di più, io sono sicuro d'incontrare l'aggradimento di Giustiniano, perchè a lui presento nella legge del Codice Napoleone ciò ch'egli espressamente raccomandò in favore dei figli, pe' i quali volle sempre il maggiore vantaggio e la loro maggiore eguaglianza, ed aborrì ogni straniera liberalità che tendesse a farli poveri. *Si enim* (egli dice) INTESTATIS EIS (cioè i padri) *mortuis lex omnes* (*filios*) ex aequo vocat, *competens est eos* (*patres*) *imitantes legem non vehementer magnis eos* abbreviare minutionibus, *erubescentes legem: sic enim erunt boni patres, et nostra digni legislatione: et justi quidem erunt solam legem custodientes. Si quid autem etiam* supra legem *reliquerint*, *erunt justi simul et humani patres* (1).

Interpretando adunque la *mente* del Legislatore dietro le *affezioni* da lui spiegate (2), e ponendo a conflitto l'interesse dei legitimarj e dei donatarj, non si può dubitare ch'egli abbia mai avuta l'intenzione d'inceppare l'azione d'una legge posteriore favorevole ai figli, e d'escluderla dall'agire nella riduzione da lui ordinata delle donazioni, e quindi stabilirla come una naturale condizione d'ogni donazione futura.

Risulta dunque sì dalla lettera che dall'animo del Legislatore, che la mia interpretazione è retta e giustificata. Ciò non è tutto. Risulta che la vostra è contraria alle *affezioni* del Legislatore, e alla norma da lui stabilita nell'eseguire la riduzione suddetta.

Posta dunque anche per falsa ipotesi l'ambiguità della Novella suddetta, si dovrebbe abbracciare il senso e l'applicazione mia; perchè Giustiniano stesso mi dice: *In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio*, *quae* vitio careat; *praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit* (3).

§ 699. Nè contro questa interpretazione voi potreste venire con le piccole e separate teoríe dell'alienazione irrevocabile e del jus anteriormente quesito contro di me, perchè dovete figurare la mente della legge *anteriore alla vostra donazione.*

Fingiamo dunque che un padre nel mese di Novembre 1805 siasi portato presso un giureconsulto, e gli abbia fatto il seguente discorso: « Io so che il Codice Napoleone sta per essere posto in attività fra due

---

(1) Novella XXII. Cap. XLVIII. — (2) Questo modo è legale. Vedi la Nota VIII. in fine. — (3) L. 19. ff. *De legibus.* Celsus, Lib. XXXIII. Digestorum.

» mesi; e questa scienza mi risulta nel modo più solenne, perchè leggo
» nel terzo Statuto costituzionale i seguenti articoli: *Non vi sarà che*
» *un solo Codice civile per tutto il Regno d'Italia. — Il Codice Na-*
» *poleone sarà messo in attività ed avrà forza di legge a datare dal*
» *1.° Genajo prossimo* (1). Ho letto questo Codice, ed ho veduto ch'egli
» pareggia le femine ai maschi, nè fra i maschi lascia più fedecommessi
» particolari. A me sta a cuore che la mia sostanza stia più che si può
» nell'agnazione. Vorrei fare una donazione fra vivi al mio figlio mag-
» giore. Veggo che debbo regolarla a termini del Diritto romano. Po-
» tete voi assicurarmi che morendo io dopo l'attivazione del Codice Na-
» poleone, nel caso che per qualunque motivo si dovesse fare una ri-
» duzione, mio figlio, a cui sono per donare, sia al coperto da qualun-
» que riduzione della *quota disponibile* stabilita dallo stesso Codice
» Napoleone? »

Che cosa doveva rispondere quel giureconsulto? La legge della *riduzione* delle donazioni oggidì vigente è propriamente la Novella XCII.; ma voi vi trasportate co 'l pensiero al tempo della vostra morte sotto l'impero del Codice Napoleone. Dunque dobbiamo vedere se adesso per allora la detta Novella guarentisca il vostro figlio maggiore, a cui divisate di donare fra vivi, *contro la riduzione* stabilita dal Codice Napoleone. È vero che il detto Codice non è oggidì attivato; ma non è men vero che la detta Novella, che vi parla oggidì, vi dice che alla vostra morte i figli vostri dovranno avere ciò che loro sarà dovuto per legge, ossia la porzione che non come eredi dell'uomo, ossia vostri, ma come *eredi della legge* hanno diritto di ottenere. Nel momento dunque presente, in cui vi parla il Legislatore (ch'è sempre uno, e ch'è anche lo stesso che proclamò anticipatamente il Codice Napoleone) vi parla di un tempo futuro, in cui voi non sarete più. È indubitato che questo Legislatore come altre volte variò la legitima, può anche oggidì variarla senza che alcuno glie lo possa impedire.

Questa variazione può nascere dopo la donazione, e prima che giunga il momento della vostra morte. Nel dirvi dunque oggi che i vostri figli dovranno avere nella vostra eredità, e in difetto su le cose donate, ciò che loro viene fissato dalla legge, vi dice espressamente che dovranno avere la quota ch'essi troveranno stabilita al momento della vostra morte; e la potranno ripetere dalla sostanza da voi lasciata, o da quella che avreste distratta per mezzo di donazione fra vivi. Il linguaggio sem-

---

(1) Terzo Statuto costituzionale, art. 55, 56.

plice, diretto e naturale del Legislatore che vi parla oggidì è questo. Accade egli che voi manchiate di vita prima del 1.° Genajo? i vostri figli non dedurranno che il triente o il semisse. Accade forse che voi manchiate dopo? essi dedurranno la quota del Codice Napoleone. E ciò perchè tanto l'una quanto l'altra quantità è quella che il Legislatore stabilì prima della vostra morte. Questo è il tenore naturale della legge che oggidì può dar norma al vostro contratto.

Il vostro figlio adunque, a cui divisate di far donazione, riceverà i vostri beni con questa legge e con questa condizione, senza che possa opporre cosa alcuna all'azione degli altri suoi fratelli e sorelle, perchè il debito della riduzione non lo contrae per il *presente*, ma per il *futuro;* e siccome di sua *essenza* può essere variato, perchè dipende dal fatto di un terzo, cioè del Legislatore, così non può per una *liquidazione definitiva* ed *invariabile* costituire un invariabile correspettivo diritto nel *futuro donatario.* Niuno dunque può oggidì guarentire nè a voi nè a vostro figlio la esenzione della legge del Codice Napoleone se non la vostra morte, prima ch'egli sia posto in attività.

XXI. Confutazione diretta della replica del donatario.

§ 700. Premesse queste considerazioni, eccomi a rispondere alla vostra replica.

Io vi accordo in primo luogo, che il titolo della mia azione doveva essere preparato prima che la esercitassi contro di voi, e però doveva essere preparato prima della morte di mio padre, e, se volete, anche fino al tempo della donazione che mio padre fece a voi; ma nello stesso tempo vi nego che il vostro diritto contro di me fosse invariabilmente regolato e consummato con l'atto della donazione da voi invocato, sì perchè supponete che la Novella XCII. non v'imponesse assolutamente alla morte di mio padre altra detrazione che quella del triente e del semisse, e sì perchè voi confondete la ipotetica considerazione delle condizioni contemplate dal Legislatore, e l'anticipato effetto ch'egli loro attribuisce con l'*effettiva verificazione* di una più tosto che di un'altra delle medesime. Tutte di fatto non si possono verificare contemporaneamente; ma l'esistenza dell'una esclude e rende impossibile l'esistenza dell'altra. Così la sopravenienza dei figli esclude la mancanza; l'eccesso della donazione esclude la giusta misura; la sufficienza del patrimonio esclude la deficienza; ec.

§ 701. Quanto al primo supposto da voi fatto intorno la mente della Novella XCII., egli è per lo meno gratuito, per non dire falso e legal-

mente assurdo, come vi ho dimostrato poco fa; quanto poi alla confusione di cui vi accuso, ella è manifesta. Imperocchè altro è dire che una legge abbia ipoteticamente contemplati diversi casi, e ne abbia regolati gli effetti di diritto; ed altro è dire che questi casi non siano in sè medesimi vere *condizioni.* Ora affinchè un affare sia invariabilmente regolato e consummato, non basta che sia stato considerato nel Codice, e stia ancora fra i possibili; ma è necessario che abbia una effettiva e reale esistenza, e che questa esistenza si verifichi più tosto in una che in un'altra forma, dimodochè l'evento renda reale più tosto l'una che l'altra condizione.

Ora al tempo della donazione le ragioni fra il legitimario e il donatario sono forse rese reali? Se il donatore è ancora vivo, se incerto è il giorno della sua morte, se lo stato del suo patrimonio può subire delle vicende; è troppo manifesto che ciò che spetta alle ragioni fra il legitimario e il donatario non ha altra esistenza che quella dell'*ipotetica* considerazione della legge. Esso non ha ancora ricevuto il pieno e regolare suo compimento, nè subíta la sorte definitiva degli eventi che prima della morte del donatore possono influire nella donazione. Prescindendo adunque dalla questione, quale sia la norma con cui si regolano le azioni fra il donatario e il legitimario, e se tali azioni siano o no irrevocabilmente regolate prima della morte del donatore: sarà sempre vero in fatto che le loro ragioni reciproche durante la vita del donatore sono tenute in sospeso, perchè dipendono da eventi contemplati dal Legislatore medesimo.

§ 702. E per verità, la rivocazione o non-rivocazione della donazione per sopravenienza dei figli, la facoltà del legitimario di agire o non agire contro il donatario, di domandare o non domandare allo stesso o tutta o parte della legitima, non dipende forse da *condizioni* positive di puro fatto, che si possono solamente effettuare e valutare al tempo della morte del donatore? (vedi n.° XI). Tutte queste condizioni non riguardano forse direttamente l'interesse dei legitimarj medesimi? Dunque ne viene, che *prima* della morte del donatore non si può veramente presentare al Legislatore verun *diritto quesito* dipendente da fatti avvenuti fra il donatario e il legitimario; ma altro propriamente non si può presentargli che la sua stessa legge, cioè la *sua stessa volontà.*

Ora chi oserebbe mai sostenere che un affare, il quale comunque *ipoteticamente* regolato da una legge anteriore, non si trova però di fatto ancora effettuato, ma sotto condizione, possa opporre un valido ostacolo all'impero assoluto d'una legge che statuisce sopra il medesimo?

Prescindiamo ora dall'autorità naturale del diritto di proprietà privata, che si vuole far agire in compagnía della legge: non è egli forse vero che voi contro di me derivate il preteso vostro jus quesito, anteriore alla morte del donatore, dal *fatto solo della legge?*

Ma altro è dire che la legge contempli ipoteticamente le diverse *condizioni* eventuali, a cui la donazione può andare soggetta verso il legitimario, e ne determini gli effetti di diritto; ed altro è dire che tali cose non siano in sè stesse vere *condizioni*, e non tengano fratanto in sospeso le ragioni fra il legitimario e il donatario. Altro è dire che una legge abbia stabilito i pesi e le misure per vendere dei commestibili, il rispettivo prezzo secondo i diversi tempi, e le multe contro i contraventori; ed altro è dire che sia venuto il caso della vendita, o di applicare questa multa.

Conditio appellatur eventus, *a cujus futura et* incerta *existentia*, *pendere obligationem*, *aut ultimam voluntatem*, contrahentibus *testatorive placuit* (1).

Incerta autem videtur, *etsi certum sit rem eventuram*, *modo saltem incertum sit* quando, *et an*, *vivo eo cui quid relinquitur*, *eventura sit* (2).

Dies incertus conditionem *facit.... Dies incertus est non solum quum incertum est an sit extiturus; sed et quum certo quidem existet*, *sed* quando *existet*, *et an vivo legatario extiturus sit*, *incertum est* (3).

Ora, qualunque sia la misura della legitima, consta all'evidenza:

1.° Che dalla sopravivenza del legitimario al donatore dipende in primo luogo che il donatario possa soffrire o no molestia dal legitimario.

2.° Posta tale sopravivenza, dipende dalla quantità del patrimonio lasciato, e dal numero maggiore o minore dei figli, che il donatario possa essere molestato o no, e sottostare ad una maggiore o minore detrazione.

Ciò posto, la sopravivenza o non-sopravivenza, l'aumento o decremento d'un patrimonio, o del numero dei figli, sono o no altretanti eventi d'incerta esistenza? Essi dunque sono condizioni belle e buone. Ma se dall'altra parte egli è vero che *donationes conditione vel tempore suspenduntur* (4), sarà pur vero che le ragioni fra il donatario e il legitimario, che possono influire nella misura della donazione, rimarranno in sospeso fino al momento della morte del donatore.

---

(1) Pothier, *Pandect. De verb. significat.* Art. 41. — (2) Idem *Pandect.* Lib. XXXV. Tit. I. Part. II. Cap. I. Sect. I. n.° XV. — (3) Ibid. Part. I. Art. I. § 1. — (4) Gothofredus ad. l. 25. Cod. *De donat.* n.° 40.

Prima dunque del detto tempo non si potrà dire che l'affare sia di fatto *invariabilmente* nè regolato, nè consummato; ma posto anche l'impero della stessa legge, altro non sarebbe che *ipoteticamente* regolato dalla legge pe 'l futuro, secondo i diversi eventi contingibili.

Far parlare la legge, che tiene gli occhi su 'l futuro e parla del futuro, cioè del tempo della successione ereditaria, come se a nome dei legitimarj transigesse irrevocabilmente co 'l donatario nel momento della donazione, egli è lo stesso che far dire alla legge: io rinunzio al mio impero in grazia d'un padre che vuole spogliare i suoi figli d'una parte della sostanza a cui per mio benefizio potevano aspirare alla morte sua.

Ma non deviamo dal filo della discussione. È indubitato che con la sola donazione non viene prima della morte del donatore nè irrevocabilmente regolato, nè molto meno consummato, l'affare fra il donatore e il legitimario.

XXII. Continuazione della confutazione.

§ 703. Tolti di mezzo i due supposti fondamentali, cioè che la legge del contratto non vi obblighi all'epoca della morte di mio padre a sottostare ad altra detrazione che a quella del triente e del semisse, e che l'affare della riduzione fosse fra voi e me invariabilmente regolato e consummato prima della morte di mio padre, le altre vostre ragioni cadono da sè stesse.

So che avete voluto prevenire la mia interpretazione co 'l dirmi che il diritto di riduzione delle donazioni alla quota disponibile, fatto in grazia della legitima, è un diritto di eccezione derogatorio al diritto di proprietà; ma questo objetto è nullo. Imperocchè, dato anche per falsa ipotesi che positivamente sussistesse il vostro principio, ciò non ostante nel caso nostro sarebbe inconcludente, perchè voi dovete sempre concedere che l'eccezione o la déroga stabilita dalla legge si deve ammettere in tutta l'*estensione*, e sotto tutti i *rapporti* fissati dalla legge medesima. Se dunque, esaminando la volontà del Legislatore, consta di fatto che al diritto di deduzione egli diede la forza e l'estensione ch'io vi ho dimostrato, il vostro argomento cade da sè medesimo; poichè contro un atto positivo di volontà che consta di fatto, ed è confermato con le regole della critica legale, non vale una eccezione di pura convenienza.

Resta dunque che tutti i vostri argomenti esclusivi del *maggiore* aggravio, da cui volevate sottrarvi in forza del contratto di donazione, si ritorcono contro di voi; perchè consta che la legge fino da principio ne fece passare in voi l'obligo eventuale co 'l contratto stesso di donazione.

Quest'obligo si rese reale con la publicazione della legge precedente alla morte del donatore, che al pari delle altre condizioni fu contemplata dalla legge stessa del contratto che voi invocate.

Non potete dunque più fabricare, con l'ajuto del preteso vostro diritto di proprietà, un jus quesito contro la sopravenienza di questa legge eventuale; poichè questo jus quesito era essenzialmente appoggiato al supposto dell'*assoluta esclusione* di questa legge intermedia: esclusione malamente supposta nell'intenzione della Novella XCII., sotto l'impero della quale voi contraeste.

Con ciò viene restituita alla legge la sua nativa unità ed equità, che volevate toglierle; poichè volevate fare agire la legge posteriore alla donazione solamente per favorire voi stesso, ma non mai per aggravarvi: quasi che il principio dell'ammissione o dell'esclusione di detta legge non dovesse essere unico, ed agire in una maniera *indivisibile;* quasi che la *natura successoria della legitima*, e la di lei azione su 'l patrimonio donato, potesse perdere la sua virtù nel caso che la legge accresce la legitima, mentre non la perde quando la diminuisce, o la lascia eguale; e quasi che fin da principio essendo riconosciuto l'impero del Legislatore su lo stabilimento della legitima, si potesse arrestarlo co 'l fatto del privato, od impedirlo nel suo esercizio prima che l'affare sia reso puro e consummato.

XXIII. Conchiusione.

§ 704. Stringiamo i conti. Voi mi dovevate dimostrare che = posto il solo atto di donazione senz'aspettare la morte del donatore, questo atto sia rispetto a me così perfetto e consummato, ch'escluda di diritto qualunque detrazione del patrimonio donato a voi, maggiore di quella del triente e del semisse stabilita dalla legge, sotto l'impero della quale fu celebrato il contratto medesimo. = Or bene vi domando se abbiate fatta questa dimostrazione. Voi avete tentato di farla co 'l supporre che la legge romana su la riduzione delle donazioni vi guarentisca da questa *maggiore detrazione*. Ma voi non avete potuto farlo nè per disposizione letterale, nè per legitima interpretazione: anzi dall'esame della legge medesima è risultato il contrario. Voi dunque non avete nulla di solido da opporre alla mia azione, avvalorata dalla legge vigente del Codice Napoleone.

XXIV. Come si debba considerare il punto della riducibilità delle donazioni fra vivi.

§ 705. Fino a quì noi abbiamo contrastato con rapporti isolati; ma la questione non dev' essere trattata così. Essa deve abbracciare tutto lo stato legale della *riduzione*, considerata ne' *suoi rapporti complessivi*. È sconcia, illegale ed antilogica ogni argomentazione che prescinde dallo stato *intiero* dell'affare; come sarebbe assurdo ogni calcolo in cui concorrendo l'azione di più forze, non ne venisse computata che una sola.

Posto ciò, ecco come io argomento. Voi non potete *alla morte del padre mio* vantare contro di me, nè io contro di voi, maggiori diritti di quelli che con l'atto di donazione furono in voi legitimamente trasmessi e guarentiti, ed a me riservati *fino alla morte* del padre mio.

Mio padre poi non vi poteva con la donazione legitimamente trasmettere e guarentire verso di me *fino alla sua morte* maggiori diritti e doveri di quelli che la legge stessa fino alla sua morte a lui concedeva ed assicurava, e rispettivamente imponeva su 'l suo patrimonio, anche distratto con le liberalità. Per lo contrario voi dovete alla morte di mio padre soddisfare a tutte quelle obligazioni che essendo imposte dalla legge al suo patrimonio in favor mio, furono dalla legge stessa *anticipatamente* addossate alle cose donate a voi. Queste proposizioni generali, comuni a tutte le Legislazioni, non possono essere contrastate.

Ora mio padre non potè mai nè prima nè dopo la donazione armare verun diritto contro il Legislatore relativamente alla *successione necessaria* de' figli suoi. Dunque non potè mai nè prima nè dopo la donazione trasmettere a voi alcun diritto contro il Legislatore relativamente alla successione necessaria de' figli suoi.

Per lo contrario è certo che con l' atto di donazione la legge v' impose l'obligo eventuale di soddisfare alla morte del padre mio a questa *successione necessaria*, in mancanza del patrimonio ereditario del defunto. Dunque è certo che voi con l' atto di donazione foste sottoposto al carico eventuale di questa *successione necessaria* alla morte del padre mio.

Ma per ciò stesso che nel vostro acquisto entrò questa condizione o legge od obligazione, essa vi entrò con tutti quegli attributi che costituiscono la sua essenza legale. Dunque se di sua essenza non fosse stata legata alla quantità esistente all' atto di donazione, ma fosse stata di sua natura variabile, essa vi sarebbe entrata co 'l suo naturale carattere di variabilità.

Ma la sua essenza legale importa ch'ella sia una prestazione *causa mortis* alterabile per fatto della legge prima della morte del donatore. Dunque voi necessariamente riceveste i beni donati con la condizione eventuale d'una prestazione *causa mortis* verso i figli di mio padre, la quale comunque consistesse allora nel triente e nel semisse, era però nondimeno di sua natura alterabile per fatto della legge prima della morte del donatore.

Ma l'evento ha prodotto quest'alterazione prima della morte del padre mio: il patrimonio del padre mio avrebbe certamente dovuto, ed anzi doveva, somministrarmi tutta intiera la nuova quota al tempo della successione, in cui solamente lo stato delle cose *viene regolato anche riguardo a voi* (1).

Dunque siccome voi riceveste le cose donate con la condizione medesima, e avuto riguardo all'essenza legale della stessa condizione, così non potete ora sottrarvi dal soddisfarla nella stessa quantità.

Contro questa conseguenza voi non potete schermirvi co 'l solito artifizio di *scindere* la natura essenziale complessiva della *riduzione* (che voi ammettete in generale, salva solamente la nuova quantità). O voi dovete escludere totalmente la riduzione, o voi dovete ammetterla co' suoi estremi essenziali, che abbracciano tanto il tempo della donazione, quanto il tempo della successione; ben inteso che la legge *variabile* della successione necessaria *regola anticipatamente* le cose della donazione, e quindi allorchè si verifica la morte del donatore fa risalire l'azione della legitima al tempo della donazione. Voi quindi non potete valervi del *fatto materiale* ed *isolato* del semisse e del triente, esistente al tempo della donazione, per *escludere* al tempo della morte del padre mio la domanda della quota italica; a meno che non mi dimostriate che la nuda esistenza del triente e del semisse escluda necessariamente o la variabilità della legitima, o l'essenza e l'efficacia legale della condizione a voi imposta, la quale necessariamente non era limitata alla quantità esistente, ma si poteva, per la natura stessa della cosa, estendere ad una maggiore quantità, ed estendere per fatto della legge ad un affare non ancora regolato fra voi e me.

La fallacia del vostro argomentare consiste nel considerare l'affare della riducibilità non nella sua indivisibile e complessiva *unità*, ma in

---

(1) *L'état des choses* (dice a questo proposito il tribuno Jaubert) *ne peut* se régler *qu'à l'ouverture de la succession: nul n'a le droit de* contester *la disposition d'un homme vivant.* — Rapport sur la loi relative aux donations entre vifs et aux testaments.

una sola frazione isolata. Voi considerate l'affare per una sola particola, per un solo atto, per un solo momento, qual è quello della sola donazione, in cui per altro la legge non considera la legitima come una tassa od un passaporto presente per lasciar libera la donazione, ma come cosa futura, ed un avviso di precauzione da verificarsi a suo tempo (vedi n.[i] VI. X). Voi vi limitate a questo punto solo, senza considerare oltre le cose; mentre pure il Diritto stesso romano, che invocate, abbraccia tutto il tempo e tutti gli eventi interessanti i legitimarj verificabili durante il tempo che passa dal momento della donazione fino al momento della morte del donatore. Esso trasporta questo stato nella legge stessa regolatrice delle donazioni, per farne norma della riduzione in favore dei legitimarj. Ma la vostra maniera di argomentare sopra una sola particola dello stato legale delle cose, contemplato dalla legge, è assolutamente riprovata dalla trita e spesso ripetuta regola: *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere* (1).

§ 706. Ma posto che voi avete il carico di provare la vostra eccezione, io v'invito a citarmi qualche legge o qualche principio, il quale pronunzi che la *esistenza materiale* d'una legge in un affare d'intiera sua spettanza *non ancora consummato* escluda necessariamente l'azione d'una legge posteriore; o almeno indicatemi qualche legge, la quale vi dica che la riduzione della donazione in favore dei legitimarj si possa almeno qualche volta fare con una legge diversa da quella della successione. Mostratemi, se potete, che la natura d'una prestazione necessaria in causa di morte, indotta per solo fatto della legge, e dalla legge stessa apposta come prima riserva dell'atto di donazione, non sia di sua natura alterabile a piacere del Legislatore prima della morte medesima; che questa riserva non debba operare secondo la natura del potere, e del soggetto su cui statuisce; e questo potere, questa natura ed alterabilità non costituiscano parte della condizione medesima apposta fin da principio all'alienazione.

Permettetemi ch'io applichi la vostra maniera di ragionare ad un caso semplice e vulgare. Fingiamo che mio padre vi abbia donato un giardino, in cui esisteva un dato albero. Egli nel contratto vi disse: io vi dono oggi il mio giardino con la condizione però che alla mia morte consegniate il tal albero a mio figlio. Mio padre muore dopo vent'anni: io vi domando allora l'albero riservatomi. Avreste voi coraggio di ridurlo

(1) L. 24 ff. *De legibus*. — Celsus, Lib. IX. Digestorum.

allo stato in cui era vent'anni addietro, o di farlo stimare, e farmi pagare il di più di quello che valeva allora? Porreste voi in campo un preteso jus quesito di proprietà irrevocabile su 'l fondo del giardino, derivatovi dalla donazione fra vivi fattavi da mio padre? Mi direste forse che quell'albero crebbe co' i succhi del vostro terreno, che doveste sottostare ad incomodi, che la cosa non è nello stato in cui si trovava al tempo della donazione, e che dovendo regolare la vostra obligazione e i vostri diritti dietro lo stato delle cose esistenti al tempo del contratto, non dovete sottostare alle conseguenze derivanti dal successivo aumento dell'albero?

Ma io vi direi che mio padre, avendovi ordinato di consegnarmelo al tempo della sua morte, la diversità eventuale sopravenuta da poi era însita nella natura stessa della riserva, ossia della condizione apposta alla vostra donazione; talchè se l'albero fosse perito o fosse stato rotto, e un suo germoglio o ramo si fosse conservato, me lo consegnereste come si trova alla morte del padre mio, e non giusta lo stato in cui si trovava al tempo della donazione.

§ 707. Lasciamo gli esempj, e considerate, vi prego, tutto lo stato legale della *riduzione* secondo il Diritto stesso romano, e i rapporti e le condizioni essenziali che racchiude. Egli vi viene presentato non da me, ma da un uomo celebre ed autorevole, che ne conosce certamente tutto il tenore. « Un padre di famiglia (dice egli) muore dopo aver dis-
» posto in vita sua d' una parte de' proprj beni con delle donazioni fra
» vivi: che cosa fanno i figli superstiti per giungere al conseguimento
» della legitima? Essi procedono alla composizione del patrimonio, nel
» quale comprendono non solo i beni che il padre morendo ha lasciati,
» ma quelli ancora che precedentemente ha donati. Se i beni esistenti
» bastano per soddisfare i figli della loro legitima, tali beni vengono loro
» accordati, e tutto è compiuto; se essi non bastano, si diminuiscono le
» donazioni cominciando dall'ultima. Nel caso in cui il padre non lascia
» dopo di sè veruna proprietà, è sempre eguale l'operazione. Vedesi che
» nelle due specie la DONAZIONE SEMBRA PERDERE IL SUO CARATTERE DI
» IRREVOCABILITÀ, poichè i beni che la compongono sono tolti in tutto
» o in parte al donatario per soddisfare i figli della legitima. »

« Il *fondamento* della legge si è, che la legitima deve considerarsi
» come un *debito* sacro che convien sempre soddisfare con quanto tro-
» vasi esistere del paterno retaggio, *substantiae paternae;* e che le dis-
» posizioni gratuite fatte dai genitori contengono sempre questa tacita
» condizione della DIMINUZIONE PER LA LEGITIMA dei figli: lo che fon-

» dasi sopra la legislazione dei Romani, sopra l'autorità dei giurecon-
» sulti, ec. ec. (1) »

Da ciò voi vedete che il *potere prevalente e regolatore* della riducibilità delle donazioni è il *potere della legitima*, cioè l'autorità del Legislatore statuente su la legitima; che l'azione di questo potere, sì per la natura dell'affare ch'è di successione *causa mortis*, e sì per formale disposizione di legge, si deve necessariamente considerare *alla morte del donatore;* e che in vista e in conseguenza di quest'azione si fa operare anticipatamente su la donazione medesima al momento in cui essa fu celebrata come condizione primigenia, ed ínsita nel contratto. Essa fa sì che il donatario non possa eccepire nulla nè contro il Legislatore, nè contro il legitimario, fino a che la morte del donatore non intervenga a determinare lo stato delle cose, sopra le quali può cadere la riduzione.

§ 708. Ma per ciò stesso che il potere della legitima è il potere prevalente e regolatore della donazione, ed entra nel contratto come prima condizione, egli è evidente che vi entra secondo la sua essenza e natura, e sottomette la donazione ai rapporti naturali della legitima; altrimenti egli non sarebbe più nè prevalente, nè regolatore. Ora la legge della legitima è essenzialmente *successoria*, e come successoria può senza vizio di retroazione regolare i diritti fino alla morte. Dunque la donazione è essenzialmente *regolata* da un oggetto o statuto successorio, e deve necessariamente subire le mutazioni necessarie di sì fatto statuto fino alla morte, senza ch'esista pericolo di retroazione. Dunque fino alla morte del donatore nulla può resistere al Legislatore, e nulla può guarentire il donatario contro le operazioni che il Legislatore medesimo può eseguire relativamente alla quantità di una futura alterazione eventuale.

È dunque falso che la esistenza d'una legitima minore al tempo della donazione possa guarentire il donatario dal prestarne una maggiore, quando la legge la stabilisce prima della morte del donatore; com'è falso che il donatario possa alterare l'essenza, il potere e le conseguenze della condizione primitiva che predominò il di lui acquisto, ossia il passaggio delle cose donate in lui.

La sola pendenza di un credito, cui la legge poteva di sua autorità regolare, non può portare l'inconveniente di una retroazione, benchè

---

(1) Il Console Cambacérès, *Discussioni del Codice civile*, all'art. 921, Tom. IV., edizione di Mantova, pag. 329-330.

questo fosse *accessorio* d'un anteriore contratto irrevocabile. Con quanto maggiore ragione adunque la legge sarà esente dal vizio di retroazione in un affare in cui la condizione ancora pendente era predominante e regolatrice di tutto il diritto?

§ 709. Giustiniano, da per tutto estremamente guardingo contro la vera retroazione (1) fino al segno di non dare effetto ad una legge già publicata quando si potea dubitare della di lei notizia (2), ha avuto forse ribrezzo di estendere la riduzione degl' interessi sopra un capitale fruttifero anche ai contratti *anteriori* alla legge da lui publicata (3)? Ha egli temuto d'incontrare il vizio di retroattività, comandando che la misura da lui stabilita debba dal giorno della legge operare anche per quegl' interessi ch' erano stati già stipulati, ma non ancora scaduti in una misura maggiore? Ha egli temuto di violare il preteso jus quesito dei creditori? No, vi rispondono i giureconsulti, perchè l'azione era ancora sotto la giurisdizione del tempo, nè erasi ancora di fatto verificata in un oggetto di ragione legislativa.

Ha egli lo stesso Giustiniano temuto di estendere la legge di successione, e quindi anche della riduzione delle donazioni, ai figli legitimati per matrimonio, benchè anteriore alle nuove sue Costituzioni che attribuirono loro questa capacità civile? di dare agli altri fratelli dei coeredi che la legge non avea loro dati da prima? e di dare ai donatarj dei creditori necessarj ch'essi non aveano nè poteano avere in forza delle leggi vigenti al tempo della donazione (4)?

Si è egli astenuto di fare lo stesso in punto di donazioni fatte a causa di matrimonio, estendendo le sue disposizioni anche ai figli in affari anteriori, ma ancora pendenti al momento della sua legge, e non ancora consummati con transazione o cosa giudicata? *Maneat igitur, et hoc his, qui ex prioribus nuptiis sunt, filiis condonatum: nisi forte ante praedictam Constitutionem judicialis sententia, et transactio* inter partes facta *de his aliquid statuerit* (5).

Conchiudo adunque con l' osservare, che su due motivi essenziali appoggia la mia pretesa di ridurre le donazioni anteriori al Codice Na-

(1) Veggasi la Novella XVIII. Cap. V. in fine, le Novelle LXVI. LXXIII, ed altre ancora.

(2) Veggasi la Novella LXVI.

(3) Veggasi la legge 27. Cod. *De usuris.*

(4) Si esaminino le Costituzioni seguenti; cioè: 1.° quella dell'anno 529, riportata nella legge 10. Cod. *De natura liber.;* 2.° quella dell'anno 530, ricordata nella legge 11. dello stesso titolo; 3.° quella dell'anno 535, riportata nella Novella XII. Cap. IV.; 4.° e finalmente la dichiarazione formale del detto Capo IV., riportata nella Novella XIX.

(5) Novella XXII. Cap. XLVII.

poleone *fatte dai* padri morti dopo l'attivazione del medesimo secondo la *misura voluta* dal Codice stesso; e questi sono:

1.° Perchè l'aumento della legitima, praticato dal Codice Napoleone, è essenzialmente compreso nella riduzione stabilita dalla Novella XCII., e per ciò stesso entrò come primitiva condizione delle donazioni fatte sotto l'impero della detta Novella.

2.° Perchè nulla ostava che quest'aumento fosse operativo nella riduzione, perchè la legge fu publicata nel tempo che l'affare fra il legitimario e il donatario non era in fatto ancora regolato, e molto meno consummato, ma tuttavía pendente.

Quì forse crederete che debba finire la dísputa. Voi v'ingannate: ora anzi comincia il meglio. Io voglio farvi un dono, se vi piace, di tutte le ragioni da me allegate fin quì, e dimostrarvi con altri principj che voi avete torto.

CAPO III.

NUOVO ASPETTO DELLA CONTROVERSIA.

SEZIONE I.

Seconda risposta dei legitimarj.

XXV. Cardini principali, su i quali si fonda interamente la eccezione dei donatarj contro l'azione della nuova legge.

§ 710. Tutta la vostra replica (dice il legitimario) si appoggia in ultima analisi su i seguenti due fondamenti; cioè:

1.° Che le donazioni fra vivi si debbano riguardare come *puri atti di privata proprietà*, non altrimenti che le compre e le vendite; e che però quanto alle donazioni la legge eserciti la sua autorità come nelle compre e nelle vendite anteriori, o in altre convenzioni od atti di privato diritto, nei quali la legge non attribuisce o costituisce il diritto, ma solamente lo *dirige* e lo *difende;* dimodochè essa non comanda, ma più tosto serve al diritto che trova nel privato.

2.° Che la donazione non resti sotto condizione al tempo della successione verificatasi con la morte del donatore, ma che per lo contrario essa con la semplice *conchiusione* del contratto divenga *pura* anche verso il legitimario medesimo, e però anche relativamente a lui vesta il carattere di *affare regolato e consummato* prima della publicazione del Codice Napoleone. Dal giuoco simultaneo di questi due dati voi traete tutto l'effetto che volete attribuire alle donazioni anteriori al Codice

Napoleone, onde sottrarre il donatario alla detrazione dell'aumento della legitima introdotta prima della morte del donatore. Quest'effetto consiste nella creazione d'un diritto invariabilmente regolato ed acquistato a prò del donatario al cospetto stesso del Legislatore, onde non sottostare o supplire ad altra detrazione, che a quella del triente o del semisse.

XXVI. Come venga consummato un affare,
e come si operi la retroazione.

§ 711. Prima però d'entrare nell'esame diretto di questi vostri fondamenti, io domando a voi e a tutti i pari vostri, se abbiate mai chiaramente esposti e dimostrati i veri principj legali, dietro i quali si possa giudicare quando si facia o non si facia *retroagire* una legge. In breve, avete voi mai dimostrato in che veramente consista la *retroazione?* Fra voi e me vi dev'essere un criterio, un giudice. Dove lo troveremo noi, se non nella legge medesima?

Consultiamo adunque su ciò tanto le leggi anteriori, quanto le leggi posteriori, e determiniamo finalmente il senso preciso e legale della parola, e il reale effetto che per lei viene indicato. Non imitiamo que' barbari controversisti dei tempi oscuri, i quali disputavano senza mai definire le idée principali, alle quali erano appoggiati i raziocinj.

Sopra vi ho detto con Locré, che *retroagire* altro non è che *distruggere*, con l'applicazione d'una nuova disposizione della legge, ciò che in un dato affare fu invariabilmente regolato e consummato in virtù d'una legge anteriore.

Ora vediamo se questa definizione sia esatta, e quando le leggi sì antiche che nuove considerino che un affare sia, rispetto al Legislatore, veramente *consummato.*

Leges et constitutiones (dicono gl' Imperatori) *futuris certum est dare formam* NEGOTIIS, *non ad facta praeterita revocari* (1).

Quì, come ognun vede, la legge non dice *futuris dare formam* JURIBUS, ma NEGOTIIS; non *ad jura praeterita*, ma *ad facta praeterita revocari.* — *Hinc in legibus haec clausula solet inseri* TRANSACTA FINITAVE EA DE RE RATA SUNTO (2), *quae si inserta non fuisset debet suppleri.* — *Transacta finitave intelligere debemus non solum quibus controversia fuit, sed etiam quae sine controversia sint possessa* (l. 229. ff. *De verborum significatione*). *Ut sunt judicio terminata*,

---

(1) L. 7. Cod. *De legibus.* — (2) Hanc clausulam videtis in l. 1. § *fin. ff. ad S. C. Tertull. et Orphitianum.*

transactione composita, longioris temporis silentio finita (l. 230. ff. *De verborum significatione*) (1).

Da queste leggi pertanto risulta che, secondo il Diritto romano, un affare non è *rispetto alle leggi consummato*, nè impedisce l'azione d'una nuova legge, se non quando non si può più disputare fra le parti di un determinato diritto, sia perchè intervenne fra esse qualche convenzione irrevocabile, sia perchè v'intervenne la cosa giudicata, sia perchè la legge impedisce mediante il possesso e mediante la prescrizione, o in altra simile maniera, che si possa più disputare del diritto medesimo.

In tutte queste leggi per altro evidentemente si suppone che le parti interessate possano esercitare e far valere le loro ragioni, poichè sarebbe assurdo il supporre che un affare, in cui si tratta del diritto e dell'obligo rispettivo di due o più persone, *si possa finire* senza che siano esercibili le rispettive ragioni. Dunque egli è manifestamente assurdo l'affermare che un dato affare *sia consummato* contro un uomo PRIMA ch'egli possa agire o far valere i suoi diritti. Ecco ciò che risulta dall'esame delle leggi romane.

XXVII. Continuazione. Come venga determinata la retroazione secondo le nuove leggi.

§. 712. Vediamo ora come si debba determinare il senso della *retroazione* dietro l'intenzione delle nuove leggi. È indubitato che l'applicazione fattane nei diversi casi dal Legislatore stesso deve equivalere ad una *interpretazione autentica*. Essa poi diviene precisa e decisiva quando sia stata applicata specialmente al soggetto controverso.

Molti sono i casi nei quali il Legislatore ha considerato *affari anteriori* alle nuove leggi, ed ha spiegato il suo principio, ed anzi lo ha *effettivamente sanzionato* con atti legislativi.

Di questi casi altri precedono ed altri succedono alla publicazione del Codice Napoleone.

Tra i casi che precedono giova notare la Legge 3. Vendemiale, anno IV., che abolì l'effetto retroattivo della Legge 17. Nevoso, anno II. La retroattività di questa legge consisteva nel *togliere il possesso* legalmente acquistato dai figli ed eredi mediante una successione precedentemente verificatasi d'un padre morto sotto l'impero delle vecchie leggi, e nell'*introdurre* fra essi un'*eguaglianza* che la legge anteriore,

(1) Pothier cum legibus Pandect. — Justin. ad Lib. I. Tit. III. Sect. I. Art. 2. §. V. Tom. I. pag. mihi 8, edit. Lugduni 1782.

sotto l'impero della quale fu aperta la *successione*, non attribuiva in conto alcuno ai suddetti (veggasi il n.° XI) (1).

§ 713. Passiamo ai casi che vennero dopo la publicazione dello stesso Codice. Senza ricordar quì le discussioni nate su l'art. 2. del Codice Napoleone, il quale fu proposto in una più ampia forma, e in cui per criterio d'un *affare consummato* furono indicate le *transazioni*, le *decisioni per arbitri*, od altre *passate in giudicato*, mi limito alle leggi relative ai diritti dei figli adottivi e dei figli naturali rispettivamente al passato emanate dopo il Codice Napoleone, e motivate dalle medesime persone che concorsero a formare e ad approvare lo stesso Codice.

Ivi essendosi sopratutto studiato di non dare alla legge un effetto retroattivo, si è resa pratica questa disposizione con le seguenti circostanze; cioè « Si ces droits ont été réglés par acte ou contrat autentique, dispositions entre vifs ou à cause de mort FAITS SANS LÉSION *de légitime d'enfant*, transaction ou jugement passé en force de chose jugée; il ne sera porté aucune atteinte aux dits acte, contrat, disposition, transaction ou jugement lesquels seront exécutés selon leur forme et teneur » dice la legge su i figli adottivi (2).

« Les *conventions* et les *jugements* passés en force de chose jugée par lesquels l'état et les droits des dits enfants naturels auraient été réglés, seront exécutés selon leur forme et teneur » dice la legge su i figli naturali (3).

Da queste due leggi che cosa rileviamo noi circa il punto della retroattività? Quali sono i *confini* che il Legislatore, dopo la promulgazione dell'art. 2. del Codice Napoleone anteriormente publicato, professa di rispettare? Quali sono quindi le circostanze, dietro le quali si deve legalmente definire che un affare sia o no irrevocabilmente regolato e consummato? E per correlazione quali sono gli atti che non si possono toccare senza incorrere nella retroattività? In breve, in che veramente consiste la *retroazione della legge*?

Prescindendo dalle donazioni fra vivi, o a causa di morte (le quali, lungi che siano conservate come stanno quando non ne risulti a favore

(1) Vedi la Nota IX. in fine di questo scritto.

(2) *Loi relative aux adoptions faites avant la publication du Titre VIII. du Code civil, décretée le 25 Germinal, an. XI., et promulguée le 5 Floreal suivant.* (*Bulletin des Lois*, n.° 271.)

(3) *Loi relative au mode du réglement de l'état et des droits des enfants naturels dont les pères et mères sont morts depuis la Loi du 12 Brumaire, an. II., jusqu'à la promulgation des titres du Code civil sur la paternité et la filiation, et sur les successions, décretée le 14 Floreal, an. XI., et promulguée le 24 du même mois.* (*Bulletin des Lois*, n.° 278.)

degli altri figli la misura della legitima del Codice Napoleone, vengono anzi ridotte alla detta misura), gli atti pe' i quali un affare si considera consummato, e che la legge professa di rispettare a fine di non retroagire, sono:

1.° I contratti o le convenzioni irrevocabili validamente concordate fra le parti interessate; 2.° le transazioni fra le stesse parti; 3.° le cose giudicate e passate in giudicato; 4.° il possesso d'un diritto acquistato per la morte di taluno avvenuta sotto l'impero d'una legge antecedente.

La semplice *preparazione* d'un diritto, fatta per solo ministero della legge a prò di uno, e quindi la collazione irrevocabile d'un diritto ad un terzo in vista di questa *preparazione*, non entrò mai in veruna legge nè antica nè nuova come un ostacolo onde impedire l'azione di una nuova legge, perchè con sì fatta *preparazione* verun Legislatore ed uomo di senno non ha mai sognato di far consummare un affare civile.

Da queste premesse pertanto, tutte dedotte non da argomentazioni interessate, ma da formali disposizioni del Legislatore, risulta che un affare non si potrà dire irrevocabilmente consummato se non nel caso che rispettivamente siasi effettuato qualcuno degli atti ora mentovati; però non si potrà mai verificare la retroazione della legge se non quando con l'applicazione della medesima si tolga o in tutto o in parte l'effetto derivante o da un'anteriore *convenzione* irrevocabile validamente concordata fra le parti interessate, o da un'anteriore *transazione* fra le stesse parti, o dalle precedenti *cose giudicate* e *passate in giudicato* fra esse, o dall'anteriore *possesso* d'un diritto già acquistato per la morte di taluno avvenuta sotto l'impero d'una legge precedente.

XXVIII. Applicazione della teoría al caso delle donazioni anteriori al Codice Napoleone.

§ 714. Premesse queste considerazioni, ne nasce il seguente argomento. Perchè con la mia domanda contro di voi, appoggiata alla legge del Codice Napoleone, si operi una vera *retroazione* della legge, è necessario che, usando della legge stessa, io tolga o in tutto o in parte l'effetto o di un' anteriore convenzione o transazione validamente concordata fra voi e me, o di una cosa giudicata e passata in giudicato fra voi e me, o di un possesso a voi derivato per la morte di mio padre avvenuta sotto l'impero della legge romana. Ma così è, che con la mia domanda io non tolgo l'effetto di niuna di queste cose. Dunque con la mia domanda non si opera veruna retroazione della legge.

La maggiore di questo sillogismo è indubitata, perchè è singolarmente appoggiata alle disposizioni di leggi formali. La minore è pure indubitata, perchè voi fondate il vostro diritto sopra un atto anteriore alla morte di mio padre, nel quale non contemplate alcuna convenzione, transazione o cosa giudicata fra voi e me. Dunque la conseguenza è parimente indubitata.

Con qual fondamento pertanto osate voi d' oppormi la eccezione di *retroattività?* E quando non mi potete opporre questa eccezione, qual altro ostacolo potete presentarmi contro la mia pretesa?

Quì io potrei finire la questione, come vedete; ma non mi contento di ciò. Voglio mostrarvi che i fondamenti su i quali vi appoggiate sono ambidue futili, anzi erronei, e che la vostra principale ragione è manifestamente ripugnante alle formali disposizioni delle leggi romane ed italiche.

SEZIONE II.

Interruzione del donatario.

XXIX. Come si facia retroagire la legge nelle materie personali e nelle materie reali.

§ 715. Pian piano, signor legitimario (quì interrompe il donatario): prima di passar oltre permettetemi uno schiarimento, il quale più avanti diverrebbe inopportuno. Questo schiarimento avrà due parti. Con la prima credo provarvi una distinzione che voi avete omessa; con la seconda proverò che con la morte di vostro padre si è consummato in mio favore l'affare delle ragioni eccezionali contro di voi. Incomincio dalla prima. Il divieto della retroazione è *generale*, nè soffre mai eccezione: esso ha luogo sia che si tratti d'uno *statuto reale*, sia che si tratti d'uno *statuto personale*. Ma allorchè sì nelle materie personali che reali si cerca di sapere se vi sia o no retroazione, vi deve passare qualche differenza, secondo che la materia appartiene o all'uno o all'altro statuto. Io vi accordo di buon grado che gli atti i quali rendono consummato un affare in materia personale, lo rendano consummato anche in materia reale; ma non ne viene perciò la conseguenza, che nelle materie puramente *reali* non possa esistere qualche altro atto, per il quale l'affare si debba riconoscere come produttivo d' un irrevocabile jus quesito. La differenza delle materie ammette la differenza di causa e d' effetto. Vi dico dunque che in materia *reale* un affare produce diritto irrevocabilmente quesito quando l' affare stesso fu prima irrevocabilmente *rego-*

lato dalla legge; dovechè in materia *personale* un affare non è mài irrevocabilmente regolato dalla sola legge, e però per essere consummato abbisogna delle condizioni da voi accennate [1].

Un esempio tratto dalle nuove leggi spiegherà meglio il mio pensiero. Allorchè voi mi avete data la definizione della *retroazione*, mi avete fatto parola della materia del divorzio (vedi n.° XI). È indubitato che questa materia è tutta civile (*secondo le assurde massime delle leggi francesi e del Codice Napoleone, che dimenticarono essere il matrimonio un atto non solo civile, ma anche di diritto strettamente privato, e quanto ai Catolici di diritto, perchè è sacramento*), e cade sotto gli statuti personali. Or bene, recatevi meco alle disposizioni della Legge 26 Germinale, anno XI., relativa ai divorzj pronunciati e alle domande intentate prima della publicazione del Tit. VI. del Lib. I. del Codice Napoleone, ed ai motivi che l'accompagnano. Voi troverete che il matrimonio contratto sotto l'impero della Legge del 1792 attribuiva il diritto d'intentare il divorzio secondo le forme stabilite dalla medesima legge.

Fra le altre cose essa non ammetteva la semplice separazione di persona, e dava assai più ampie facoltà di quelle che furono attribuite dal Codice Napoleone; essa di più dava ai divorziati il diritto di riunirsi novamente fra loro in matrimonio. Tali facoltà ed abilitazioni furono tolte dal Codice Napoleone. Ma questo Codice statuì su i casi futuri, e non su gli anteriori, come appunto fece nelle donazioni fra vivi. Intorno agli anteriori poteano i conjugi argomentare dicendo che la legge del contratto regolava irrevocabilmente gli effetti del medesimo, e dava anticipatamente diritto al divorzio co' i modi e con le condizioni della Legge del 1792. Diremo adunque che non poteva applicare la legge posteriore del Codice ai matrimonj e alle persone conjugate sotto la Legge del 1792, sebene non ancora divorziate o non ancora impegnate in un affare di divorzio prima del Codice Napoleone?

La Legge 26 Germinale suddetta ha posto i matrimonj suddetti sotto l'impero del Codice Napoleone, e con ciò essa precisamente ha riformate le condizioni legali del contratto anteriore, rispettando solamente i divorzj consummati, o intentati anteriormente.

Io rispetto (dice la legge transitoria) i divorzj già pronunciati, e le istanze introdotte pe' i medesimi sotto l'impero della Legge del 1792, perchè non voglio produrre verun effetto retroattivo; ma nello stesso

(1) Vedi la Nota X. in fine di questo scritto.

tempo ordino che d'ora in avanti l'azione del divorzio non possa più essere intentata anche pe' i matrimonj anteriori se non secondo il Codice civile; e dichiaro in fine, che con ciò io non produco verun effetto *retroattivo* (1).

Invano voi potreste armare un diritto irrevocabilmente quesito co 'l contratto stesso del matrimonio eseguito sotto l'impero della legge antecedente; invano voi potreste addurmi gravi variazioni nelle condizioni del matrimonio stesso, sia per separarvi, sia per riunirvi ancora. Il diritto quesito contro l'azione della nuova legge non viene indotto in questo caso nè per ministero solo della legge, nè per la sola forza del contratto fatto sotto la legge medesima, come nelle cose di privato diritto reale; ma solamente dai giudizj posteriormente intentati o consummati fra le parti interessate. E perchè ciò? Perchè quì si tratta d'una materia di Diritto puramente civile (*secondo gli assurdi principj del Codice Napoleone*), nella quale lo stato delle persone è sempre *sotto condizione*. D'onde viene, che nelle materie riguardanti lo stato delle persone un diritto semplicemente regolato da leggi anteriori non è invariabilmente regolato, e quindi non è irrevocabilmente quesito, finchè su la materia stessa non intervenga alcuna convenzione o cosa giudicata, o alcuno di quegli atti i quali consummano praticamente l'affare stesso.

Ma negli affari riguardanti un semplice diritto di proprietà reale, come sono le donazioni, questo principio non ha luogo, perchè l'affare fin da principio fu *invariabilmente regolato*, e quindi da principio produsse un correlativo perfetto *jus quesito*, il quale sebene fosse praticamente sotto ad alcune condizioni, ciò non ostante non potè soggiacere ad altra sorte, che a quella ch'era stabilita dalle leggi antecedenti, sotto l'impero delle quali fu conchiuso l'atto medesimo, stantechè le condizioni stesse essendo state antecedentemente contemplate, tutto ciò che rimaneva fu invariabilmente regolato in forza del diritto indipendente di proprietà, il quale è operativo in tutta quella estensione che non fu compresa nella eccezione.

XXX. Continuazione. Come a favore del donatario si possa citare un possesso di fatto e di diritto.

§ 716. Ma volete voi un *possesso di fatto* e *di diritto?* Voi lo trovate sicuramente in me con la donazione fattami. Voi mi dite che questo fatto se fu operativo d'un diritto quesito fra vostro padre e me, non

---

(1) Veggasi la detta Legge co' suoi motivi.

fu però operativo d'un pari diritto fra me e voi. Ma io vi rispondo che esso fu operativo anche fra me e voi, posto che la legge che stipulò a nome vostro con me mi attribuì e guarentì questo possesso con le condizioni precedenti relative alla legitima.

Io vi accordo che con la morte di vostro padre, fra le varie condizioni eventuali a cui la legge mi sottoponeva, si è verificata più tosto l'una che l'altra delle medesime; e in questo senso fra voi e me con la morte stessa viene consummato l'affare per me della donazione, e per voi della legitima.

Di fatto se voi oggi disputate con me, voi disputate per un diritto operato con la morte di vostro padre; e io disputo con voi con un diritto *ratificato*, e per un affare reso *puro* con la morte medesima. Ma la *pendenza* che voi mi potevate opporre poteva bensì versare entro la sfera delle condizioni prima contemplate dalla legge romana, ma non abbracciare altre condizioni diverse e non contemplate.

Rispondo adunque distintamente contro di voi come segue. O voi volete trattare la controversia pendente fra voi e me come se ancora fosse vigente il Diritto romano, e secondo le norme del medesimo; o no. Nel primo caso io vi accordo che l'affare fra voi e me viene praticamente ed invariabilmente *consummato* con la morte di vostro padre; e ciò perchè fra le varie condizioni anticipatamente contemplate dalla legge come contingibili al tempo della morte di vostro padre, si *realizza* più tosto l'una che l'altra di queste condizioni, nè si può rimanere più incerti quale di queste condizioni sia per verificarsi. Con ciò si determinò invariabilmente e praticamente la mia obligazione di pagare o non pagare qualche cosa in supplemento del patrimonio ereditario, di pagare o non pagare il triente o il semisse, o di soddisfare ad altra simile obligazione in forza della legge vigente al tempo del contratto, la quale determinava o l'una o l'altra delle mie obligazioni, ed altro non aspettava che l'evento, il quale ne realizzasse più tosto l'una che l'altra.

Permettetemi dunque ch'io ve lo ripeta: io non ricuso di soddisfarvi secondo le norme della legge romana, nè vi contrasto la vostra teoría generale su la retroazione e su le cose che rendono un affare consummato. Io vi concedo anzi che fra voi e me l'azione della legitima su la donazione, e viceversa, si consumma con la morte di vostro padre. Ma appunto perchè si consumma quest'affare al tempo della morte, dopo che ne fu stabilita la ragione in un tempo anteriore, cioè al tempo della donazione medesima, e non dopo; io intendo che continuare (*consummare*) non si possa con altre regole, che con quelle del Diritto romano.

Dunque la questione fra voi e me non verte propriamente su 'l punto, se per consummare le ragioni della legitima su le donazioni siavi bisogno della morte del donatore; ma bensì se dopo la morte del donatore stesso debbasi consummare applicando la legge del contratto, od applicando una legge posteriore.

§ 717. Se per impossibile voi mi poteste provare che fra le condizioni della legge vigente al tempo del contratto si debba inchiudere anche l'aumento della legitima fatto prima della morte del donatore; in tal caso io sarei costretto a riconoscere che quest'aumento entrando fin da principio come un vincolo condizionale, a cui io poteva andare soggetto, sarebbe stato operativo per obligarmi a sottostare ad una maggiore detrazione nel caso che la legge avesse veramente praticato quest'aumento prima della morte del donatore: nella stessa guisa ch'io riconosco che l'aumento dei figli, o la diminuzione del patrimonio avvenuta fra la donazione e la morte, mi sottopone ad una prestazione maggiore di quella che avrei dovuto pagare se il donatore fosse morto un istante dopo la donazione. Ma siccome l'aumento della legitima, fatto per una legge posteriore, non entrò da principio nelle condizioni apposte dalla legge al contratto; così l'affare che viene consummato con la morte del donatore non può attribuire nè un'azione maggiore a voi, nè a me maggiore obligazione di quella che la legge del contratto stesso stabiliva per tutti que' casi nei quali un donatore muore sotto l'impero della stessa legge, o d'una legge che prima e dopo il contratto serbò la stessa misura di legitima.

Voi dunque commettete una viziosa petizione di principio, ponendo in campo le convenzioni, le transazioni, le cose giudicate e il possesso acquistato, perchè supponete che tutte queste cose si possano regolare con leggi diverse da quelle che regolarono il primitivo contratto. Conchiudo adunque, che non voglio disputare se sia vero o no che con la morte del donatore si consummino fra voi e me le ragioni scambievoli relative alla legitima; ma solamente sostengo ch'esse si debbono consummare applicando la legge del contratto, e non applicando la legge posteriore.

SEZIONE III.

Continuazione delle ragioni del legitimai io.

XXXI. Esame del primo supposto dei donatarj circa la facoltà di trasmettere e di ricevere a titolo di donazione.

§ 718. Ma se la legge posteriore (ripiglia e continua il legitimario) non fosse diversa dalla legge del contratto, perchè essa fin da principio racchiudesse fra le sue condizioni *naturali* anche quella di obligare il donatario a fornire al legitimario l'aumento della legitima introdotto nel tempo intermedio fra la donazione e la morte del donatore, quale scampo avreste più e quale appoggio per sostenere la vostra negativa? Voi non ne avreste nessuno, come ben vedete. Ora siete voi ben certo ch'io non possa provarvi o espressamente o per equivalenza che l'aumento della legitima, fatto per una legge intermedia fra la donazione e la morte, deve entrare nelle condizioni primitive del contratto al pari delle altre condizioni legali da voi ammesse e riconosciute? Voi vi fate forte su la natura del contratto di donazione, che avete caratterizzato di privata proprietà, e che fate contrastare co 'l diritto della legitima, cui riguardate come una semplice *deroga* ed *eccezione* del diritto irrevocabile di proprietà (vedi n.° XV). Ma siete voi sicuro di questo primo vostro fondamento? Ecco ciò che rimane ancora a discutere, ed ecco ciò che finalmente deve sciogliere tutto il nodo della difficoltà, e disipare l'incantesimo della vostra eccezione.

§ 719. Vi prevengo che in questa disputa io non pretendo far uso se non dell'autorità e dei principj positivi della Legislazione sì romana che italica, e che la controversia è propriamente più di autorità che di ragione. Ciò posto, chi vi ha detto che, secondo le disposizioni di queste leggi, la donazione fra vivi si debba in massima collocare fra il novero dei contratti di privata proprietà, e attribuire alla medesima gli effetti delle compre e vendite, e di altri simili contratti? Come potrete voi quindi far contrastare il diritto di una nativa proprietà privata contro l'autorità dispositiva della legge? Non è egli vero che se la facoltà di disporre e di ricevere per causa di donazione fosse stata costantemente sottratta dalla sfera delle private contrattazioni, fosse stata considerata e trattata come una facoltà originariamente attribuita dalla legge, posta interamente nel novero delle capacità puramente civili, e resa oggetto tutto proprio degli statuti personali; cesserebbe tutta la forza

del vostro massimo fondamento? Allora non potreste più riguardare la donazione come un atto di proprietà indipendente ed anteriore alla disposizione della legge, come la compra e vendita, dimodochè la legge non sia che subalterna e tutrice del medesimo; e però non potreste collocare a fianco delle leggi su la legitima il diritto nativo di proprietà, il quale a guisa di un'aqua non soffra altre restituzioni che quelle che vengono procurate dalla mano del Legislatore, e che per conseguenza in tutto il rimanente agisca con una forza irrevocabile: allora non potreste più qualificare l'azione della legitima su la donazione come una *deroga* o una *eccezione* a questo preteso diritto nativo o indipendente; ma per lo contrario dovreste riguardare la donazione come una facoltà puramente *dativa* così propria e dipendente dalla disposizione della legge e dai rapporti predominanti della legitima, ch'essa non esisterebbe se non in quanto al Legislatore piacesse di conservarla; e non avrebbe altra estensione, che quella che può risultare dopo che furono salvi tutti i diritti dei legitimarj.

Allora le disposizioni della legge sì antica che nuova, riguardanti l'azione della legitima su le donazioni, si ridurrebbero alla seguente. « Sia che al tempo della morte di un donante trovisi vigente la misura della legitima già stabilita da me, sia che si trovi in vigore un'altra misura qualunque, io ordino che i legitimarj possano domandare ed ottenere la legitima stessa secondo la misura legale che si troverà stabilita alla morte del donante, e possano ripeterla dall'eredità del donante, o in difetto su le cose anteriormente donate fra vivi e passate al donatario, computando sì lo stato del patrimonio quale si trovava al tempo della donazione, che lo stato dello stesso patrimonio quale si trovò al tempo della morte del donatore. »

§ 720. Posta questa legge, vi potrebbe più essere controversia fra voi e me? Ora vi dico che in forza delle disposizioni formali delle leggi e dei principj di ragione legislativa autenticamente proclamati, le leggi sì anteriori che posteriori inchiudono la sovra recata disposizione.

Per convincervi di questa proposizione io vi proverò:

1.° Che la facoltà di trasmettere e di ricevere per titolo di donazione fra vivi è del tutto dipendente e indotta dall'autorità del Legislatore, che ha voluto considerarla come un diritto puramente civile annesso e inerente alle capacità proprie dello stato civile.

2.° Che in conseguenza statuì su la medesima in una guisa diversa, anzi spesso contraria a quella ch'egli ha adoperato riguardo alla facoltà di vendere, comperare o possedere per titolo di naturale proprietà.

3.° Che in conseguenza del principio da lui adottato ha parificato sempre, quanto a sè, la facoltà di disporre per titolo di donazione fra vivi alla facoltà di disporre per causa di morte, ed ha effettivamente statuito su l'una e su l'altra con lo stesso contesto.

4.° Che la facoltà di succedere o per volontà dell'uomo o per disposizione della legge, e quindi il diritto della legitima, è affatto civile e di ragione totalmente personale annessa allo stato civile della persona.

5.° Che il diritto a questa legitima fu considerato dal Legislatore stesso come assolutamente *prevalente* a quello di disporre per via di donazione, in modo che questo debba sempre servire a quello.

Questi cinque articoli sono comuni tanto al Codice Napoleone, quanto al Diritto romano.

Quanto poi al nuovo Diritto vi proverò specialmente, che in conseguenza della natura puramente civile della donazione e della legitima, e del loro stato condizionale prima della morte del donatore, e prima che l'affare sia irrevocabilmente regolato e consummato mediante convenzioni o cosa giudicata, il Legislatore stesso ha effettivamente ridotte donazioni anteriori validamente stipulate, le quali come contratti di privata proprietà reale avrebbero dovuto essere irreducibili, professando nello stesso tempo energicamente che tale riduzione non dava alla sua legge verun effetto retroattivo. Veniamo alle prove.

XXXII. Come, secondo i principj della nuova Legislazione, si debba riguardare la facoltà di trasmettere o di ricevere a titolo di donazione.

§ 721. Ho detto in primo luogo che la facoltà di trasmettere e di ricevere per titolo di donazione è di Diritto puramente civile, del tutto dipendente dall' autorità del Legislatore, e tutta inerente alle capacità proprie dello stato civile, e non alle capacità puramente naturali che regolano i diritti puramente reali. « Les donations des immeubles, et » en général celles dont la preuve ne peut résulter que d'un contrat » écrit et qui produisent des actions, ont reçu leur forme du Droit civil. C'est lui qui fixe les conditions sous lesquelles elles seront valables, soit par rapport aux donateurs et donataires, soit par rapport » aux tiers créanciers et héritiers; qui détermine la mesure dans laquelle chacun peut disposer des ses biens de cette manière, et surtout » les CAPACITÉS et INCAPACITÉS relatives à la qualité de donateur et de » donataire » (1).

(1) Locré, *Esprit du Code civil*, Liv. I. Tit. I. Chap. II. Art. 25. 3 effet.

« La matière des dispositions à titre gratuit est celle qui a le plus » occupé les Législateurs de tous les pays: c'est en effet le Droit civil » de chaque peuple, qui doit régler cette transmission » (1).

« Toutes personnes peuvent disposer et reçevoir soit par donation » entre vifs, soit par testament. Ce principe s'applique a tous ceux qui » ont la jouissance des Droits civils » (2).

« Nous avons dit que la faculté de transmettre est purement du » Droit civil. On pourrait trouver quelque différence entre la trans- » mission par acte entre vifs et la transmission par testament. Celui » qui se dépouille actuellement parait sous quelque rapport user d'un » droit plus étendu, que celui qui ne dispose que pour un temps, ou il » ne sera plus. Mais cette nuance est trop légère, et nous aimons mieux » convenir que l'homme en société NE PEUT TENIR QUE DE LA SOCIÉTÉ » le droit de transmettre ses biens à titre gratuit même par donation » entre vifs » (3).

Quì, come ognun vede, si tratta della facoltà di donare, considerata rispetto al Legislatore, e non rispetto al giudice, o al privato cittadino che serve alla legge; e però la distinzione fra il *Diritto privato* e il *Diritto publico* non è operativa che pe 'l Legislatore, e non pe 'l magistrato: lo che appunto forma l'oggetto dell'attuale questione. Certamente allorchè si tratta di valutare in giudizio l'*atto* della donazione e del testamento fatto, si trova che l'uno è irrevocabile, l'altro è rivocabile fino alla morte; ma quando si tratta di valutare la *facoltà* di donare fra vivi, e di disporre per testamento, rispetto al Legislatore non si trova differenza; talchè il Legislatore può disporre su l'una e su l'altra con la stessa libertà, senza temere di far retroagire la legge, come nella materia dei matrimonj (*nella quale però non si può ammettere questa libertà, perchè il matrimonio non è atto puramente civile, ma anche individuale e religioso* (4)), delle tutele, e in ogni altro oggetto di Diritto puramente civile, come si vedrà più sotto. E però prima che l'affare sia irrevocabilmente consummato secondo le regole sovra proposte, cioè prima della morte del donatore, il Legislatore può regolare qualunque atto di donazione con una nuova legge. Questa osservazione è importante per prevenire qualunque confusione.

---

(1) *Rapport sur le projet de la Loi relative aux donations entre vifs et aux testaments, du tribun Jaubert.*

(2) Ibidem. — (3) Ibidem. — (4) Veggasi la nota (2) al § 684. (DG)

XXXIII. Prova del secondo punto.

§ 722. Il senso e la estensione del principio esposto fin quì si rileva più manifestamente dall'applicazione che ne ha fatto il Legislatore medesimo. Se fosse vero quanto pretendono i donatarj, e le persone che li difendono, che la donazione fosse un contratto di privata proprietà come la compra e vendita, anzichè un contratto puramente civile, e tutto dipendente dallo stato puramente civile, e di ragione meramente personale; egli avrebbe abilitato le persone, che considerò come capaci di vendere e comprare, a trasmettere e a ricevere anche per titolo di donazione: ma tanto è lungi ch' egli adotti questa promiscuità ed uniformità di Diritto, che quanto al passato, nell'atto stesso che rispetta le convenzioni e persino le transazioni relative ad affari dipendenti dallo stato civile non ancora regolato, dichiara nello stesso tempo le anteriori donazioni fra vivi come un atto eccettuato, e tutto sottoposto all' impero della legge posteriore. Quanto al futuro poi, egli lascia alle persone spogliate dei diritti civili la facoltà naturale di comprare, di vendere e di possedere, e loro nega quella di trasmettere e di ricevere per donazione, in forza appunto del principio spiegato nel numero antecedente.

La prova di questa osservazione l'abbiamo nelle leggi già ricordate, e nell'art. 25. del Codice Napoleone, illustrato dai rispettivi motivi.

E per verità è indubitato che il Legislatore considerò i figli adottivi e i figli naturali capaci di comprare e vendere, di contrattare e transigere; e la prova si è, ch' egli espressamente riconosce come valide ed irrevocabili tali convenzioni, e gli altri atti che sono intervenuti prima della legge che regola il loro stato personale, come abbiamo già veduto (§ 713).

E pure quando si è trattato della facoltà di donare, e degli atti effettivamente su ciò intervenuti, ben lontano dal riconoscere in essi una facoltà pari a quella degli altri contratti, ha riconosciuto l'opposto; talchè le donazioni anteriori ricevute dagli uni e dagli altri le ha non solamente riconosciute riducibili, ma le ha effettivamente ridotte. E per quale principio, se non per quello spiegato fin quì?

La stessa ragione vige pe' i figli adottivi. E però, in forza della legge che li riguardava, le donazioni anteriori sono ferme, quando non vi sia *lesione di legitima* dei figli, come si è già veduto (§ 713).

Quanto poi al futuro, leggasi l' art. 25. del Codice Napoleone. Ivi si vedrà che a chi è morto civilmente è bensì riservata la facoltà d' ac-

quistare e possedere per titolo di proprietà privata, ma loro è tolta quella di trasmettere e ricevere per titolo di donazione fra vivi. « Non può » (dice la legge) *disporre* de' suoi beni in tutto od in parte PER DONA- » ZIONE FRA VIVI, nè per testamento; nè *ricevere* per gli stessi titoli. » Quì si dispone su questo diritto in compagnía di quelli del matrimonio, della tutela, della facoltà di stare in giudizio, e in generale di tutto il complesso dei diritti che appartengono allo stato civile delle persone (1).

E perchè questa disposizione e questa differenza tra la facoltà di donare e di ricevere a titolo di donazione, e la facoltà di trasmettere e di ricevere per titolo di altro contratto? — Per me vi risponderanno i Legislatori. « Les individus frappés de mort civile ne sont plus dans » l'ordre civil au rang des PERSONNES: *personam non habent.* Il con- » servent l'état naturel.... La loi ôte les droits civils qui *sont son ou-* » *vrage*, et un bienfait dont elle gratifie qui elle veut: il est au dessu de » son pouvoir de lui ôter la qualité d'homme, et les droits que la loi » naturelle y attache. »

---

(1) In questa discussione tra i legitimarj e i donatarj viene spesso in campo il paragone co' i diritti appartenenti allo stato civile delle persone, e specialmente con quello di matrimonio (vedi §§ 725. 732). Prescindendo da qualunque indagine su le opinioni del Romagnosi riguardo all'autorità del Legislatore rispetto ai suddetti diritti, giacchè egli fa quì le parti di espositore e non di definitore della controversia (vedi la *Dichiarazione preliminare*), osserverò che il confronto fra il diritto di matrimonio e gli altri diritti delle persone non regge, come non regge quello tra il matrimonio e i diritti su le cose (vedi la mia nota al § 684, pag. 284).

Il matrimonio, civilmente considerato, è un contratto essenzialmente di diritto privato, su 'l quale la legge non può avere altra autorità, che quella di regolarne le forme per assicurarne la prova, ossia per far constare dell'esistenza del contratto medesimo. Quanto alla facoltà di conchiuderlo, e agli effetti suoi, sono cose affatto dipendenti dalla natura dell'atto, e non si potrebbe ammettere in chi che sia il potere di togliere la facoltà di contrarre matrimonio o di distruggerne le conseguenze, senza intaccare l'essenza medesima del contratto, e togliere un diritto annesso alla natura d'uomo (vedi il Vol. III. di questa edizione, *Opere minori*, § 1993). Il reo durante la pena non è interdetto dal contrarre matrimonio per altro motivo, che per l'impossibilità di praticare gli atti necessarj alla celebrazione di esso. Ma, scontata la pena, nessuna finzione di legge potrebbe giustamente impedirglielo, e molto meno sciogliere il vincolo formato per lo innanzi.

Tutti gl' impedimenti che da qualsiasi legge possono mettersi alla validità dei matrimonj o dipendono da una rinuncia libera alla facoltà di contrarlo (nel che s'inchiude anche il vincolo preesistente); o lo divietano solo fra certe persone; o lo vietano assolutamente per delle essenziali fisiche incapacità, che tolgono la possibilità di ottenerne lo scopo; o lo dichiarano insussistente per la mancanza dei necessarj requisiti di un valido consenso; o in fine per la mancanza di alcune forme volute nella sua celebrazione: ma non *tolgono* mai, nel vero senso della parola, il diritto di conchiuderlo. Ciò sarebbe assolutamente ingiusto. (DG)

« Ainsi les attentats commis contre la personne du condamné sont » punis. Il a droit à des alimens. Il conserve la faculté d'*acquérir* et de » *posséder* » (1).

« Les DONATIONS ENTRE VIFS, quoique elles aient leur principe dans » la loi naturelle, sont donc devenues des matières du Droit civil: or » puisque c'est ce Droit qui dans l'état actuel des choses donne la ca- » pacité de *disposer* et de *reçevoir*, il doit la refuser au condamné au- » quel il n'accorde plus d'existence civile » (2).

§ 723. Dalle cose esposte fin quì risulta dunque chiaramente, che la facoltà di trasmettere e di ricevere a titolo di donazione fra vivi, e quindi l'atto della donazione stessa rispetto al donatore e al donatario, ed anzi la qualità stessa di donatore e di donatario, non appartengono nè sono riguardate dal Legislatore come cose di diritto reale e di privata proprietà, ma bensì come oggetti di Diritto totalmente civile o publico di spettanza personale, e precisamente come oggetti di puro stato personale; e che però ha sottoposte sì fatte donazioni a regole diverse, e alcune volte contrarie a quelle che dirigono le materie di Diritto totalmente privato e di proprietà reale. E per conseguenza, che su la materia delle donazioni si deve argomentare nella stessa guisa che si argomenta su le materie soggette agli statuti personali e civili.

XXXIV. Conferma. Della natura e della competenza dei diritti civili e degli statuti personali. Applicazione alle donazioni fra vivi.

§ 724. Ed affinchè voi non abbiate a disputar meco se io applichi bene o male l'idéa degli *statuti personali*, piaciavi riflettere che tutto ciò ch'è oggetto immediato dei così detti *diritti civili*, tutto ciò che assolutamente ne dipende forma appunto il *soggetto* proprio degli statuti personali.

A ciò non osta che i diritti stessi regolino o dirigano anche il corso dei beni; perchè sebene il soggetto loro materiale, e su 'l quale si applicano, siano i beni, e per questo lato appariscano reali; ciò non ostante il diritto in sè medesimo, ossia la facoltà regolatrice, essendo di spettanza civile ed un'*attribuzione* della legge ossia dell'autorità del Legislatore, essa trae necessariamente le cose stesse e i diritti dipendenti sotto la competenza dello statuto personale.

Così ogni volta che si è disputato dello stato civile, e delle *capacità* ch'egli attribuisce, il principale oggetto è stato il diritto sì attivo

(1) Locré, *Esprit du Code civil*, Lib. I. Tit. I. Cap. II. n.° II. — (2) Ibid. pag. 281.

che passivo di succedere (1), benchè considerato questo diritto in sè medesimo apparisca reale, perchè versa meramente su 'l corso dei beni reali fra privati.

In breve, le denominazioni di *capacità*, di *diritto civile* e di *statuto personale* presentano la stessa cosa sotto due relazioni. Se considerate l'oggetto quanto alla facoltà del Legislatore, e quanto alla distinzione delle leggi d'un ordine da quelle di un altr'ordine, voi fate valere la denominazione di *statuto personale;* se poi considerate i diritti che queste leggi attribuiscono, e le persone a cui si applicano, voi fate valere la denominazione di *diritti civili:* dimodochè i *diritti civili* formano la materia propria degli *statuti personali*, e gli *statuti personali* racchiudono il complesso dei *diritti civili*. Per la qual cosa ogni volta che la legge dichiara che un tale o tal altro diritto è di ragione civile, o è dipendente dallo stato civile, o almeno dalla personalità civile, essa per ciò stesso dichiara che quel diritto cade sotto la competenza degli *statuti personali*.

§ 725. A fine di confermare quello ch'io dico con l'autorità stessa positiva, vi prego di osservare la promiscuità delle denominazioni che su questo punto incontriamo nella nuova Giurisprudenza.

« Le Droit civil (dice il tribuno Gary al Corpo legislativo), qui est » le Droit propre à chaque nation, et qui la distingue des autres, c'est » celui qui régle les successions, les mariages, les tutelles, la puissan- » ce paternelle, et généralement tous les rapports ENTRE LES PERSON- » NES » (2).

« S'agit il des lois ordinaires (dice un altro oratore), on a toujours » distingué celles qui sont relatives à l'*état* et à la *capacité* des per- » sonnes d'avec celles qui réglent la disposition des biens. Les premie- » res sont appellées *personnelles*, et les secondes *réelles* » (3).

Ora domando: le leggi relative allo stato e alla capacità delle persone hanno forse altro oggetto che i diritti stessi civili? Postochè ci vien detto che il Diritto civile regola generalmente tutti i rapporti fra le persone, si può egli trovare differenza fra gli statuti personali e gli statuti che attribuiscono e dirigono i diritti civili?

---

(1) Vedi la nota XI. in fine.

(2) *Discours prononcé au Corps législatif par le tribun Gary, l'un des orateurs chargé de présenter le veu du Tribunat sur la Loi relative à la jouissance et à la privation des droits civils. Séance du* 17 *Ventose, an. XI.*

(3) *Discours du Conseiller d'Etat Portalis au Corps législatif dans la Séance du* 4 *Ventose, an. XI., sur la Loi relative à la publication, aux effets et à l'application des lois.*

Ora domando se sia vero o no che la stessa legge abbia dichiarato che la facoltà di trasmettere e di ricevere a titolo di *donazione* fra vivi sia di Diritto civile, anzi in sè stessa sia veramente *un diritto civile;* e lo abbia assolutamente sottomesso alle regole dei diritti civili e personali, a differenza dei diritti reali, su i quali statuì contemporaneamente in una diversa maniera.

L'art. 22. del Codice Napoleone dispone quanto segue:

« Le condanne a pene, l'effetto delle quali è di privare il condan-
» nato d'ogni partecipazione AI DIRITTI CIVILI SPECIFICATI IN APPRESSO,
» producono la morte civile. »

Fra questi diritti civili specificati in appresso si legge o no la facoltà di *disporre* in tutto o in parte PER DONAZIONE FRA VIVI, e di ricevere per lo stesso titolo? Leggasi l'art. 25. Questa facoltà non è forse posta in comune con quella di testare e di succedere per causa di morte, con quella d'essere tutore, testimonio, litigante, sposo? (*La quale ultima facoltà se è tolta dalle riprovevoli disposizioni del Codice Napoleone, non può esserlo dalla ragione*) (1).

Non è forse vero che la ragione di questa privazione deriva dalla privazione della *personalità civile* (vedi § 722), *quia personam non habet?* Dunque consta evidentemente per disposizione formale del Legislatore, che il diritto attivo e passivo delle donazioni è puramente civile, e quindi di stato e di ragione civile e personale. Dunque la materia delle donazioni fra vivi è di spettanza degli statuti personali, e regolata dalla forza e dall'autorità degli statuti personali.

§ 726. Ciò posto, « siccome il cambiamento e le modificazioni delle
» qualità personali dipendono dal potere del Legislatore, che si decide
» dietro l'*ordine* delle cose e i *bisogni* della società, ed è quindi evi-
» dente che lo stato degli uomini è sempre *condizionale* ed *incerto* per
» l'avvenire; non può mai dirsi che rispetto alle nuove *condizioni* im-
» poste da tali leggi allo stato medesimo esse abbiano *effetto retroat-*
» *tivo* » (2). Così non potrà mai dirsi che la legge della riduzione delle donazioni fra vivi, anteriori alla nuova quota disponibile stabilita dal Codice Napoleone, abbia un effetto retroattivo; appunto perchè consta indubitatamente dalla legge, che la facoltà attiva e passiva delle donazioni fra vivi è un diritto totalmente civile e personale, è attribuita dalla sola legge, e tutta dipendente dalla disposizione della sola legge: in

---

(1) Vedi le mie note ai §§ 684. 722. (DG)

(2) *Decisioni nella Causa Morando e Melotti*, pag. 26. Vedi la nota XII., in cui si riporta lo squarcio intiero.

breve, essa è un diritto assolutamente civile, interamente regolato dalle disposizioni riguardanti le capacità e lo stato civile.

Per la qual cosa si può solidamente conchiudere, che lo stesso Codice Napoleone ha eminentemente dichiarato, che con la riduzione da me pretesa non si verifica *retroazione* alcuna, postochè ha dichiarato che la ragione delle donazioni è di Diritto puramente civile, ed ha statuito su d'essa in conseguenza di questo principio; e postochè lo stato di fatto della questione non presenta un affare consummato che valga ad arrestare l'applicazione della legge medesima.

XXXV. Prova del terzo e quarto punto di ragione.

§ 727. Dopo tutte queste osservazioni resta quasi superfluo ch'io passi a dimostrarvi il terzo e quarto punto di ragione da me sovra proposti (n.° XXX). Nel terzo io vi dissi che la legge ha statuito sempre su le donazioni fra vivi nella stessa maniera e con lo stesso contesto con cui statuisce su gli atti ossia su le liberalità *causa mortis.* Onde provar ciò io non ho bisogno che d'inviarvi alle disposizioni su lo stato civile (art. 25.), su le collazioni (art. 843. a 870.), e al Titolo delle donazioni fra vivi e dei testamenti (art. 893 e seg.).

Nella serie per altro di questi articoli, nei quali il Legislatore tratta la facoltà di donare come quella di testare, lasciando che la *differenza* fra l'una e l'altra maniera di disporre venga sentita dai soli privati, io vi prego a por mente all'art. 846. In esso si dice che « il donatario, il quale non era erede presuntivo al tempo della donazione, ma che si trova » successibile allorquando s'apre la successione, *deve egualmente con-* » *ferire* le cose donate, quando il donatore non lo avesse dispensato. » Io vi domando quali sieno le circostanze e i rapporti che quest'articolo presenta alla vostra considerazione.

Quì veggo da prima una donazione perfetta fatta dal padrone d'un patrimonio ad uno che non è erede presuntivo; dopo veggo che il donatario diviene erede: allora è obligato, per l'interesse dei coeredi chiamati dalla legge, a conferire la donazione, ossia a porre le cose donate nel cumulo della sostanza del defunto, e a dividere l'eredità con gli altri. La sua donazione anteriore non lo sottrae da questa operazione, ma si esige una positiva dichiarazione del defunto. La nuova qualità di coerede, di cui egli vuole valersi, importa questa novazione. Ma supponiamo che dopo le indagini fatte risulti che la donazione fra vivi, anteriormente da lui ricevuta, non ecceda la quota disponibile: non sarà egli vero che in forza del contratto il donatario dovrà ottenere intatta la sua

donazione? Essa non offende punto la legitima; essa d'altronde al momento della successione non era più nel patrimonio del defunto; essa n'era sortita irrevocabilmente. La perfezione e l'irrevocabilità del contratto non deve forse valere qualche cosa agli occhi del Legislatore?

§ 728. Tutte queste cose (egli risponde) nulla valgono per me allorchè si tratta di considerare l'affare in comune con gli altri coeredi della legge. La donazione anteriore, comunque perfetta, svanisce per dar luogo alle leggi dell'eguaglianza nella successione. L'atto privato dell'uomo in questa materia è uno zero per me allorchè si mescola con la materia delle successioni necessarie.

Ma perchè almeno (risponde il donatario) non dovrò ottenere a titolo di *precipuo* la cosa donata allorchè non ecceda la quota disponibile? Forsechè il defunto, stretto da tutti i vincoli delle successioni legitime, non ha diritto di lasciare la quota disponibile a titolo di *precipuo?* Se egli ha questo diritto, se un solo suo cenno basta per esercitarlo; con quanta maggior ragione non dovrò io conchiudere di avere per me il favore di questo *precipuo*, e quindi d'essere dispensato dal far cadere sotto divisione le cose da me acquistate per mezzo d'un anteriore contratto irrevocabile fra vivi, che non offende in conto alcuno la legitima?

Questo argomento non vale niente, dice il Legislatore, allorchè da poi tu acquisti la qualità di *erede* dalla legge. Da quel momento la donazione anteriore si scioglie per dar luogo alle sole ragioni della successione legitima; e si scioglie di maniera, che non ritiene nè meno più il carattere di *prelegato.* Da quel momento il donatario, fatto eguale agli altri coeredi, deve avere una dichiarazione espressa di *dispensa* da collazione, se vuole sottrarre le cose anteriormente donate dal cadere nella divisione comune.

Che cosa è dunque agli occhi del Legislatore, e rispetto alla facoltà sua legislativa, quest'anteriore perfetta ed irrevocabile donazione, allorchè si tratta di combinarla con l'interesse delle successioni? Essa non è altro che un *legato.*

Da tutto il fin quì detto pertanto risulta manifestamente che il Legislatore nell'*ordine legislativo* ha considerata la facoltà di disporre e di ricevere per titolo di donazione fra vivi, come la facoltà di disporre *causa mortis;* e però egli non potè, come non può, in tale facoltà incontrare resistenza maggiore di quella che si può incontrare in tutte le ordinazioni fatte *causa mortis.* Dunque la sua legge non può soffrire contrasto maggiore di quello che possa soffrire nelle disposizioni medesime *causa mortis.*

§ 729. Su 'l quarto punto di ragione, cioè che la facoltà di succedere o per volontà dell'uomo o per disposizione della legge, e quindi che il diritto della legitima sia assolutamente civile, e di ragione totalmente personale annessa allo stato civile, non mi occorre di far parola, sì perchè ciò è troppo manifesto da tutto il tenore delle leggi, e sì perchè nelle cose sopr' allegate ciò è stato abondevolmente dimostrato.

Solamente fo osservare quì, che considerando una donazione fra vivi in tutte le persone che possono avervi interesse, e nei rapporti che la legge vi fa entrare, noi scopriamo ch'essa è di diritto assolutamente civile e personale rispetto al donatore, rispetto al donatario, e rispetto al legitimario; dimodochè l'autorità legislativa incontra da per tutto capacità della stessa natura, e quindi diritti egualmente pieghevoli alla ragione legislativa, e alle riforme che a lei piacesse introdurre prima che un affare sia altrimenti consummato.

XXXVI. Prova del quinto punto. Predominio della legitima su le donazioni.

§ 730. Vi ho per quinto punto esibito di provare che il diritto alla legitima fu considerato dal Legislatore come *assolutamente prevalente* a quello di disporre per via di donazione, in modo che questo debba sempre *servire* a quello.

Che questa fosse la sua volontà allorchè proclamò e mantenne in vigore il Diritto comune, voi l'avete già veduto di sopra (§ 707). Che questa poi sia stata ancora la sua volontà nel formare il nuovo Codice, voi lo potete rilevare dalle disposizioni stesse del Codice (1), illustrate dai rispettivi motivi, in cui leggiamo quanto segue.

« La *legitima* in linea diretta è stimata tanto *necessaria* nell'ordine » sociale, che per adempiere alla medesima tutte le donazioni fra vivi » sono RISOLVIBILI; tutte stimansi fatte con la condizione, che la *legi-* » *tima* non possa alterarsi » (2).

Cercate voi il motivo di questa prevalenza e di questo predominio? La stessa voce vi risponde. « Les pères et mères et les enfants ont entre » eux devoirs qui doivent être remplis de *préférence* à des simples li- » béralités. L'accomplissement de ces devoirs est la *condition tacite* » sous laquelle ces libéralités ont pu être faites ou acceptées; et dans

---

(1) Articolo 913. al 930. inclusive, ed altrove.

(2) *Discussione del Codice civile nel Consiglio di Stato, Seduta del 30 Nevoso, anno XI. Della porzione disponibile.* Tom. IV. pag. 341, edizione di Mantova.

» le cas même ou les donations n'auraient pas, lorsqu'elles ont été faites,
» excédé la quotité disponible, les donataires ne seraient point par ce
» motif préférables à des héritiers directs, s'il s'agit pour les premiers
» d'un pur bénéfice, et pour les autres d'un patrimoine nécessaire. La
» diminution survenue dans la fortune du donateur ne saurait même être
» présumée l'effet de sa malveillance envers le donataire. Ce sont ces
» motifs qui ont fait regarder comme indispensable de faire comprendre
» dans la masse des biens sur lesquels se calcule la quotité réservée par
» la loi, ceux qui auraient été données entre vifs » (1).

In forza di questa prevalenza e di questo predominio della legitima su le donazioni il Legislatore non volle che a fronte degli eredi presuntivi della legge i beni donati passassero con l'atto di donazione *in assoluto dominio* del donatario, ma rimanessero presso di lui come in una specie di deposito provisionale finchè il legitimario non fosse soddisfatto interamente della sua legitima: lo che in altri termini significa, che il donatario durante la vita del donatore non ha, rispetto al legitimario, verun dominio su i beni donati, ma veste la figura di semplice legatario favorito da una liberalità, co 'l carico di renderla o in tutto o in parte al legitimario, nel caso che questi non la trovi in tutto o in parte nel patrimonio del defunto. Ne volete la prova? Leggete gli articoli 920. e 929. del Codice Napoleone. « Le disposizioni tanto fra vivi, che per
» causa di morte, le quali eccederanno la porzione disponibile, saranno
» riducibili alla detta porzione al tempo in cui si apre la successione.
» — Gl' immobili da ricuperarsi in conseguenza della riduzione saran-
» no liberi da ogni debito od ipoteca contratta dal donatario. »

È manifesto o no che i beni donati durante la vita di un padre all'apertura della successione del donante sono soggetti a ricupera? Dunque fino alla morte del donatore non furono fermi nelle mani del donatario: ma se vengono ricuperati liberi da ogni debito od ipoteca contratta dal donatario medesimo; dunque è manifesto che nell'*intervallo* essi non furono mai nel privato dominio del donatario, ma furono considerati come eventualmente soggetti alla pertinenza di un terzo, e però non suscettibili d'un aggravio di proprietà assoluta per parte del donatario. Riuniti questi estremi, che cosa ne risulta? Risulta che dall'apertura della successione dipende così la proprietà del donatario su i beni donati, ch' egli acquista tutta o parte della cosa, o deve in tutto o in

---

(1) *Exposé des motifs de la Loi relative aux donations entre vifs et aux testaments, par le Conseiller d'État Bigot. — Séance du 2 Floreal, an. XI.*

parte restituirla all' erede della legge. Ora un uomo che acquista una cosa in modo che dalla morte del concedente dipenda il *dominio* o totale o parziale della cosa stessa, o la restituzione di tutta o di parte della cosa medesima ad un terzo, qual figura riveste? Ma stando le cose in quest' aspetto, dove trovate voi quel fiero ed indipendente diritto di proprietà assoluta su tutto il patrimonio donato, per cui appena fate grazia di piegare la fronte alla legge della legitima, e la considerate quasi come un rischio estraneo e puramente accidentale al vostro acquisto? Sia pur vero che le cose donate non tornino più nel dominio del donatore (al che veramente si riduce la tanto vantata irrevocabilità), e che siano per sempre sottratte dal suo patrimonio: che importa a me? A me basta che non siano sottratte dal mio diritto, e che servano allo stesso in modo, che a fronte mia tutto sia paralizzato in voi, e dobbiate alla morte di mio padre ricevere la legge da me.

§ 731. Forsecchè il Codice Napoleone considerò la donazione fra vivi in una maniera diversa da quella in cui la considerarono i Romani? forsechè esso attribuì a sì fatte donazioni un carattere primitivo differente? Ben lontano da ciò, esso anzi considerò quest' atto nella stessa maniera in cui lo considerarono i Romani, ed oso dire in una maniera più favorevole ancora pe' i donatarj; e ad esso attribuì la stessa irrevocabilità, su la quale voi tanto fate punto. « La donazione tra vivi (dice l'ar- » ticolo 894.) è un atto co 'l quale il donante si spoglia attualmente ed » irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l' ac- » cetta. » *Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti; et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie* DONATIO *appellatur* (1).

Quì, come vedete, siamo in termini identici. Ora se, posti questi termini, non ripugna che la donazione, a fronte della sua irrevocabilità, sia soggetta e predominata dalla legitima nel modo che ora vedete; dunque risulta che tale irrevocabilità ed ogni altro associato diritto di proprietà non è nelle donazioni fra vivi assoluto, ma puramente relativo. Esso si verifica fra il donatore e il donatario; esso si verifica rispetto a terzi non privilegiati dalla legge: ma non si verifica più rispetto ai legitimarj. Quanto a questi, la donazione riveste la natura d'un mero legato soggetto alla condizione della restituzione a loro favore, allorchè non trovino nel patrimonio del donatore la quota loro assegnata dalla

(1) L. 1. Dig. *De donationibus.* — Julianus, Lib. XVII. *Digestorum.*

legge. L'*alienazione irrevocabile* è l'opera dell'uomo verso tutto il mondo; il *legato* è l'opera del Legislatore verso il solo legitimario. Lasciate che ognuno operi nella sua sfera, nè vogliate con un eccesso di potere torcere l'autorità dell'uomo contro l'autorità del Legislatore.

So che a voi basta di sottrarvene; ma quando esistono eredi presuntivi della legge, voi lo tentate invano. Al tempo della donazione fattavi da mio padre il Legislatore considerò l'esistenza di sì fatti eredi; egli la considerò pure alla loro morte: e questo stesso Legislatore, che nel mantenere allora la legge romana non altro intendeva che di manifestarvi la propria volontà, intese sempre che nell'atto che voi divenivate un acquirente irrefragabile rispetto a tutto il mondo, voi diveniste rispetto a me un legatario particolare nel senso ora spiegatovi; e ritenne sempre rispetto a voi l'alto ed eminente *dominio* di accrescere come a lui piaceva il suo legato in mio favore fino alla morte del donatore. Ciò dovrebbe bastare per farvi sentire che voi armate invano l'eccezione di retroazione, della quale voi accusate meno la mia domanda, che la disposizione stessa del Codice Napoleone, nel caso che dovesse abilitar me a domandarvi il supplemento della mia legitima.

XXXVII. Spirito della Legislazione romana intorno la facoltà di disporre e di ricevere a titolo di donazione.

§ 732. Poco fa vi ho detto che il Codice Napoleone ha considerato il diritto di dare e di ricevere a titolo di donazione nella stessa guisa in cui lo considerarono i Romani, ed anzi lo ha considerato in una maniera molto più favorevole pe' i donatarj. Questa mia asserzione risulta dalla lettura combinata di tutte le leggi romane, nelle quali si tratta di donazioni fra vivi. Dal loro complesso si rileva, che se vi ha materia su la quale le leggi romane di tutti i tempi abbiano esercitato un arbitrio il più assoluto, ed agito in una maniera del tutto diversa, e spesso opposta a quella che serbarono negli atti di privata proprietà, è quella appunto delle liberalità per atto fra vivi, sotto qualunque forma esse si presentassero.

1.° Se parliamo della *capacità* di trasmettere e di ricevere, essi non solamente la fecero dipendere dallo stato civile della persona, come prescrisse il Codice Napoleone; ma, quel ch'è più, vollero in molte circostanze che fosse annessa alla onesta *condizione*, e alle relazioni *morali* e di *publica decenza:* dimodochè rivocarono con molte leggi le donazioni fatte alle persone nelle quali sì fatte circostanze non si riscontravano.

2.° Se parliamo della loro *natura*, esse non le pareggiarono ai contratti di privata proprietà, ma bensì ai legati, salva qualche differenza: la qual cosa era come dire, che il carattere predominante legale delle donazioni fra vivi era quello dei legati, con la sola differenza che la rivocazione doveva essere motivata. *Aliae autem donationes sunt, quae sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas* INTER VIVOS *appellamus, quae non* OMNINO *comparantur legatis, quae si fuerint perfectae,* TEMERE REVOCARI NON POSSUNT, dice l'imperatore Giustiniano (*Instit.* Libro II. Tit. VII). Osservo di passaggio, che tutte le leggi romane, le quali parlarono della pretesa irrevocabilità delle donazioni, ne parlarono sempre in relazione al donatore e al donatario, e mai in relazione ai legitimarj. Quanto a questi troviamo anzi il favore o della rivocazione o della riduzione, quando il loro interesse viene a conflitto con la donazione medesima; nè si adduce mai contro il loro diritto veruna eccezione.

3.° Se parliamo delle *condizioni* e della *misura*, non solamente osserviamo che i Romani le limitarono quando si trattava della legitima dei figli, ma anche quando si trattava solamente d'una savia economía domestica e di ragioni di semplice convenienza. La prova di ciò la rileviamo dalla legge Cincia, promulgata fino dal sesto secolo di Roma; dai Titoli *De donationibus quae sub modo etc.*, inseriti nella Compilazione di Giustiniano, i quali, come osservò Cujaccio, alludono alla detta legge Cincia; dalle Costituzioni e dai Rescritti di diversi Imperatori, inseriti nel Titolo del Codice Giustinianeo *De naturalibus liberis etc.;* e per ultimo dalle Novelle di Giustiniano stesso.

4.° Se finalmente consideriamo le donazioni medesime e quanto alla ragione di succedere dei figli legitimi, e quanto al modo con cui il Legislatore statuisce sopra di esse, rileviamo ch'egli, allorchè si tratta dell'interesse dei legitimarj, ben lungi di attribuire alle donazioni già fatte la irrevocabilità propria d'un atto di privata proprietà reale, come sarebbe la compra e la vendita, all'opposto non solamente rispetto a sè medesimo non fa differenza fra le liberalità conferite per causa di morte e quelle che si conferiscono fra vivi; ma, ch'è più, revoca ed annulla le donazioni medesime allorchè essendo fatte da un donatore privo di figli, egli abbia in séguito una prole che succede a lui, o quando il donatario usa atti d'ingratitudine contro il donatore. Questa sola circostanza dovrebbe a voi bastare per convincervi che al cospetto del Legislatore la ragione della donazione non si può in verun caso parificare alla ragione della vendita e della compra, nè a qualunque altro contratto di competenza puramente reale e privata; ma che si deve ri-

guàrdare come cosa di puro Diritto civile; e che la ragione della donazione è totalmente dipendente dai rapporti di famiglia che la legge rese prevalenti, nè volle mai delusi dalle semplici liberalità.

Ciò posto, s'egli è vero che quando si tratta d'interpretare e di applicare la legge conviene consultare la mente del Legislatore, risultante da tutto il tenore delle di lui disposizioni sopra una data materia; s'egli è vero, secondo Ulpiano, che la mente della legge, rettamente dedotta, deve operare del pari che la lettera espressa e testuale della medesima: ne viene di necessaria conseguenza, che, secondo il Diritto romano, la facôltà legislativa di disporre su la donazione e su la legitima si deve considerare della stessa forza ed autorità di quella di disporre su i matrimonj (*su i quali però l'autorità della legge civile è molto limitata, essendo, come più volte si disse, un atto non solo civile, ma anche privato e religioso*) (1), le tutele, i testamenti, e sopra altre materie di ragione puramente civile e personale; e in conseguenza si deve per essenziale e necessaria interpretazione intendere che la Novella XCII., la quale ordina che i figli abbiano nella distribuzione della eredità ciò che loro tocca per legge, abbia assolutamente contemplata la porzione stabilita dalla legge vigente al tempo della morte del donatore, qualunque sia la sua misura, cioè o identica o diversa da quella ch'era vigente al tempo della donazione. Questa intelligenza è così essenziale alla natura stessa della cosa, come all'intelligenza della parola *animale* è essenziale la facoltà di moversi da sè medesimo.

SEZIONE IV.

Esame del secondo fondamento della eccezione dei donatarj.

XXXVIII. Pendenza della donazione rispetto alla legitima.

§ 733. Per ultima conferma della mia tesi debbo osservare, che in questo stato di cose non posso trovare verun pericolo di retroazione, poichè non trovo alcuno di quegli atti i quali rendono consummato un affare, specialmente a fronte d'una legge puramente civile e di ragione personale: lo che mi conduce all'esame del secondo vostro fondamento (vedi n.° XXV).

Quando una donazione è semplicemente conchiusa, nè fu ancora aperto il diritto del legitimario con la morte del donatore, è troppo ma-

(1) Vedi le mie note ai §§ 684. 722. (DG)

nifesto che per ciò che spetta alle ragioni del donatario e del legitimario l'affare non può essere invariabilmente regolato e consummato se non al tempo della morte del donatore (vedi n.[i] XXVI. a XXX). Dunque prima di detto tempo la legge non può trovare verun ostacolo alla piena sua esecuzione, perchè allora altro ostacolo non incontra che sè medesima, ossia la propria volontà.

So che voi opponete l'autorità naturale del diritto di reale proprietà, cui fate operare nella donazione in conflitto dell'autorità della legge, come nelle compre e vendite; ma quest'ostacolo è svanito dopochè vi ho dimostrato che in materia di liberalità essa non ha luogo.

Eccovi adunque, in contraposto dei cardini fondamentali della vostra eccezione di retroattività, un argomento che v'invito a sciogliere. O voi volete trarre il preteso vostro jus quesito contro di me dall'azione sola della legge, o dall'azione della legge combinata con quella del diritto di proprietà reale comune ai privati contratti. Nel primo caso il vostro fondamento è vano, perchè la legge non riconosce in sè stessa ostacolo alcuno; nel secondo caso il vostro fondamento è pur vano, perchè supponete un'autorità di privato diritto reale, che non è riconosciuta nè dalla legge romana cui invocate, nè dal Codice Napoleone con cui vi volete difendere. Voi dunque con l'atto solo di donazione non avete mai acquistato, prima della morte del donatore, verun *diritto irrevocabile* in faccia al Legislatore di non soffrire le detrazioni che nell'intervallo a lui piacesse di stabilire in favore dei figli: in breve, il preteso vostro jus quesito contro di me è una chimera.

Rispetto a me poi vi dico, che tanto l'una quanto l'altra Legislazione attribuendomi il diritto di ripetere sempre da voi ciò che la legge vigente al tempo della morte di mio padre mi attribuisce su la di lui sostanza nel caso che questa sia deficiente, voi non avete schermo veruno contro le mie ragioni.

SEZIONE V.

Esposizione delle dichiarazioni legislative a favore dei legitimarj.

XXXIX. Spirito generale delle dichiarazioni legislative a favore dei legitimarj.

§ 734. Dietro questi principj ha parlato ed agito il Legislatore stesso, con l'autorità del quale voi tentaste di respingere la mia pretesa. Quantunque la prova di questo punto estremo sia stata da me già indi-

cata più sopra (n.[i] XXVII. XXXIV.), ciò non ostante io credo di dover quì ripeterla con più esattezza e lume. La mia tesi è, che = in conseguenza della natura puramente civile e personale della *donazione* e della *legitima*, e quindi dello *stato condizionale* di questi atti prima della morte del donatore, e prima che l'affare sia invariabilmente regolato e consummato mediante convenzione o cosa giudicata; il Legislatore stesso ha effettivamente ridotte in favore dei legitimarj assoluti le *donazioni* anteriori al Codice Napoleone, validamente stipulate, alla misura posteriormente stabilita dallo stesso Codice: le quali donazioni, come contratti di privata proprietà reale, avrebbero dovuto essere *irreducibili;* professando nello stesso tempo energicamente, che con tale riduzione non diede alla sua legge verun effetto retroattivo. = Questa tesi, come ognun vede, è di puro fatto, e non abbisogna che di occhi per essere provata. Vediamo pertanto se consti della di lei verità.

Se consideriamo le due leggi transitorie su i figli adottivi e naturali, che cosa vi riscontriamo noi (1)?

Prima di tutto, se domandiamo quali siano le persone che in queste leggi sono costituite al cospetto del Legislatore, e su l' interesse delle quali egli statuisce, noi ci avvediamo tantosto ch' esse sono: i donatori e padri; i donatarj, che quì sono i figli naturali o gli adottivi; i legitimarj assoluti, e principalmente i figli legitimi.

Quanto ai primi due, la cosa è per sè evidente; quanto poi ai legitimarj assoluti, se lo deduce dall' essenza stessa della disposizione, che stabilisce la riduzione delle *disposizioni* fra vivi alla quota disponibile a termini del Codice Napoleone: *Sauf la réduction à* LA QUOTITÉ DISPONIBLE *aux termes du Code Napoléon.*

Questa riduzione, secondo il Codice Napoleone, quando si fa e per chi si fa? questa quota disponibile per qual titolo è fatta? quando ha essa luogo? Si leggano le disposizioni del Codice (art. 913. al 930.), e si troverà che tale quota e riduzione è tutta relativa ai legitimarj assoluti, ed è fatta a loro riguardo.

Consta dunque che i legitimarj furono quì contemplati dal Legislatore, e che anzi la riduzione delle donazioni anteriori fu fatta in loro favore e per il solo loro interesse.

La stessa osservazione si verifica pure per le donazioni fra vivi, contemplate nella legge su i figli adottivi. Esse si ritengono ferme quando sono fatte *sans lésion de légitime d'enfant;* o, per dirlo in altri termini,

(1) Veggansi le due intiere leggi in fine, nella nota XIII.

si ne blessent la légitime des enfants que l'adoptant peut laisser, come spiegano i motivi annessi alla detta legge (1).

Quì, com'è evidente, si parla di donazioni fatte ai figli stessi adottivi: e però in questa specie di fatto il donatore è il padre, i donatarj sono i figli adottivi, e i legitimarj sono gli altri figli ch'egli può lasciare. La legitima poi è la quota stabilita dal Codice Napoleone. La donazione non è tenuta ferma se non quando non sia lesiva della quota medesima a loro riservata dal Codice stesso.

Ripigliando quindi tutto il contesto delle due leggi, ed esaminandole rispettivamente al punto della controversia, consta di fatto che in ambedue:

1.° Vi ha un donatore, un donatario, ed un legitimario assoluto, su i quali il Legislatore statuisce.

2.° Che la legge statuisce su le *donazioni fra vivi* fatte prima del Codice Napoleone.

3.° Che in favore dei legitimarj riduce le dette donazioni alla quota disponibile stabilita dal Codice medesimo.

4.° Che tale riduzione si fa prima che l'affare sia invariabilmente regolato e consummato con convenzioni e giudicati fra le parti interessate.

XL. Schiarimento su l'applicabilità delle citate leggi transitorie alla presente controversia.

§ 735. Prima di passare alla prova della seconda parte della tesi debbo farvi avvertiti, che per voi dev'essere cosa indifferente che il *donatario* sia un figlio naturale o legitimo o adottivo, o anche uno straniero alla famiglia. Per voi dee bastare che sia un uomo capace a contrarre, ossia un uomo di mente sana, libero nelle sue deliberazioni, e non sottoposto a veruna interdizione: in breve, un uomo legalmente capace ad amministrare il fatto suo. Di fatto voi nella vostra tesi supponete sempre questa sola generale capacità senz'altre distinzioni, perchè ragionate su la sola *capacità di acquistare* a titolo di contratto ordinario, e nulla più. Qualunque sia poi il principio che piacia adottare su la *capacità di ricevere* a titolo di donazione, sarà sempre vero che questa capacità non è legata ai rapporti della *figliazione*, ma allo *stato comune* di cittadino; e però la differenza ch'esistesse tra i figli legitimi e naturali sarebbe inconcludente per indurre differenza di capacità fra i donatarj, i quali d'altronde fossero rivestiti delle qualità comuni di cittadini italiani,

---

(1) *Discours du tribun Boutteville. Séance du 22 Germinal, an. XI.*

ed avessero il pieno esercizio dei suddetti diritti. Ora è troppo chiaro che le dette leggi suppongono nei figli donatarj quest'*assoluta capacità;* e tanto la suppongono, che dichiarano per intangibile ogni altra convenzione, transazione o cosa giudicata intervenuta fra essi ed i padri donatori (vedi n.° XXVI).

So che voi mi opponete, che « non solo l'art. 2. della legge transi-» toria promulgata in Francia li 24 Fiorile, anno XI., non può sostenere » l'assunto dei riservatarj, ma serve invece ad abbatterlo; perchè (voi » mi dite) quanto è disposto per la riduzione delle disposizioni fatte an-» teriormente al Codice Napoleone ai figli naturali, il di cui stato e di-» ritti erano incerti, non può applicarsi giammai ai figli legitimi, poichè » ove la stessa ragione non milita non può valere un'eguale disposizione » di legge » (1).

Ma vi prego ad osservare, ch'io non fo uso della disposizione della detta legge per ciò che spetta alla legitima dei figli naturali dipendente dal loro stato incerto, ma bensì per ciò che spetta alla riserva dei FIGLI LEGITIMI stabilita dal Codice Napoleone. È vero che la legge statuisce su l'una e su l'altra; ma io non argomento contro di voi in conseguenza della disposizione e dei rapporti della legitima dei figli naturali, ma bensì su la disposizione e su i rapporti della riserva dei figli legitimi contro le donazioni anteriori, dalle quali potesse essere diminuita la quota riservata loro dal Codice Napoleone. Dunque la vostra objezione non riguarda la mia tesi, ma un'argomentazione ch'io non ho fatta mai. Per lo contrario, postochè mi concedete che *dove milita* LA STESSA RAGIONE *dee valere un' eguale disposizione di legge*, conchiudo contro di voi, che nella nostra controversia *milita la stessa ragione generale*, e però dee valere un'eguale disposizione di legge. Dico che milita la stessa ragione, postochè consta che nella detta legge si tratta:

1.° Di donazioni fra vivi anteriori al Codice Napoleone, fatte da padri a cui si suppongono figli legitimi.

2.° Di donatarj che aveano tutte le capacità di contrarre in ogni affare di privata proprietà.

3.° Di figli e legitimarj assoluti, a favore dei quali è stabilita la riserva ordinaria.

4.° Di riduzione delle suddette donazioni a favore dei legitimarj alla quota disponibile fissata dal Codice Napoleone.

---

(1) *Decisioni della Corte di Cassazione del Regno d'Italia nella Causa Morando e Melotti*, pag. 74-75.

XLI. Prova della seconda parte della tesi circa la retroazione.

§ 736. Il colpo, come vedete, è decisivo. Voi forse, per evitarlo, vi rifugierete alla meschina ragione, che il Legislatore, il quale dispone per questi casi, ha indicato un bisogno di farlo; e però che la riduzione delle donazioni anteriori al Codice alla quota disponibile posteriormente stabilita non è per generale diritto applicabile agli altri casi.

Ma chi vi ha detto che un Legislatore non possa all'occasione di una legge semplicemente sviluppare ed applicare un principio generale? L'oggetto primario delle leggi suddette era lo stabilimento dello stato civile dei figli naturali o adottivi fra due tempi anteriori al Codice Napoleone. La riduzione delle donazioni cadde nella detta legge *incidentemente*, e vi cadde per una giusta e semplice conseguenza del principio legislativo prima *adottato* nel formare il Codice Napoleone, come ho già dimostrato (vedi n.° XXXIV). Ora voi affermate gratuitamente, anzi falsamente, che nelle due leggi transitorie il Legislatore ordinando la riduzione di cui parlo, e sotto i rapporti sovra espressi, abbia statuito in via di eccezione, e non più tosto in via di mera conseguenza ed applicazione del suo principio generale già professato.

D'altronde ciò che importa alla presente questione è il sapere se con la riduzione suddetta egli abbia voluto o no far retroagire il Codice Napoleone. Quando risulti che nella specie di fatto sovra proposta egli non ha voluto farlo retroagire, consterà anche nello stesso tempo che la sua disposizione non è nè un'eccezione nè un privilegio, ma altro non è che l'applicazione del suo principio generale; e però per ragione correspettiva risulterà all'evidenza, che la riduzione suddetta si può per identità di rapporti e di ragione sempre eseguire senza pericolo di retroazione.

Ora domando se consti o no che il Legislatore abbia inteso qui di far retroagire la legge del Codice Napoleone. Io vi rispondo francamente che no. Eccomi alla prova della seconda parte della tesi sovra proposta (vedi n.° XXXVIII).

Quanto alla legge su lo stato dei figli adottivi, ecco quello che fra molte cose trovo a proposito.

« Lorsque le Gouvernement vous invite à reporter vos regards vers » le *passé*, peut-être craindrez-vous, Tribuns, que les intérêts qu'il » s'agit de régler ne soient déja plus de domaine du Législateur, et » qu'il n'y ait quelque vice de rétroactivité dans les dispositions qui » vous sont proposées .... Le Législateur peut-il sans blesser la règle

» qu'il *s'est si* solennement prescrite à lui même, sans encourir le re-
» proche de *rétroactivité*, publier des dispositions qui se rapportent et
» s'appliquent à des actes préexistents?.... »

« Quelques points de fait qui ne peuvent être révoqués en doute et
» les plus simples réflexions ont paru à vôtre section, Tribuns, et vous
» paraitront sans doute résoudre de la manière la plus certaine les deux
» premiers questions .... »

« Quelques réflexions jointes à ces faits ne permettent pas des dou-
» tes sérieux sur la nécessité et la *rétroactivité* de la loi proposé. »

« *Les conventions qui touchent à l'état civil des hommes ne tien-*
» *nent pas leur efficacité toute entière de la seule volonté des indi-*
» *vidus qui agissent ou contractent;* elles ne l'obtiennent que du con-
» cours de ces volontés et de la PUISSANCE PUBLIQUE .... »

« Si l'adopté veut conserver les avantages de l'adoption, que ses
» droits AIENT ÉTÉ RÉGLÉS soit de la part de l'adoptant par des DISPOSI-
» TIONS ENTRE VIFS ou testamentaires, soit entre l'adopté et les héritiers
» de l'adoptant par des transactions ou des jugements passés en force
» de chose jugé; il n'est pas plus douteux encore que tous ses actes, *si*
» *aucuns* NE BLESSENT LA LÉGITIME DES ENFANTS QUE L'ADOPTANT PEUT
» LAISSER, ne doivent conserver toute leur force et recevoir leur execu-
» tion. L'article 3. du Projet prend soin de le leur assurer » (1).

Quanto poi alla legge su i figli naturali: « Je vien, Législateurs,
» (dice l'oratore del Tribunato al Corpo legislativo) de vous rappeler
» les réflexions qui ont déterminé l'assentiment du Tribunat pour le
» Projet de loi. La question de savoir s'il y *avait ou non* RÉTROACTI-
» VITÉ a été une de celles qui a le plus scrupuleusement examinées, et
» le PROJET DE LOI N'A PAS PARU LUI EN PRÉSENTER. Ainsi que vous, il
» ne perdra jamais de vue le grand principe tutelaire qui vient d'être
» gravé sur le frontispice du Code civil, que la loi ne *dispose que*
» *pour l'avenir*, quelle n'a point d'effet rétroactif. »

« Ainsi en accordant votre sanction au Projet de loi, en même temps
» que *vous serez à l'abri du reproche de rétroactivité*, vous aurez con-
» cilié ce qui était du à la société et aux individus; vous aurez honoré
» le mariage et protégé les moeurs » (2).

---

(1) *Discours du tribun Bouteville sur la Loi relative aux adoptions faites avant la publication du Titre VIII. du Code civil. Séance du 22 Germinal, an. XI.*

(2) *Discours prononcé au Corps legislatifs par le tribun Grenier, l'un des orateurs chargé de présenter le voeu du Tribunat sur la Loi relative au mode de réglement de l'état et des droits des enfants naturels dont les pères et mères sont morts depui la Loi*

Da questi motivi pertanto consta evidentemente, che sì nell' una che nell'altra legge il Legislatore non solamente non ha avuta intenzione di far retroagire la legge, ma anzi ha voluto astenersene, ed ha dichiarato espressamente d'essersene astenuto.

Ma dall'altra parte è pur certo che in grazia dei legitimarj assoluti ha ridotte le donazioni anteriori al Codice Napoleone alla quota disponibile stabilita dal Codice medesimo. Dunque consta evidentemente che tali donazioni sono riducibili alla quota suddetta, senza pericolo di retroazione.

Dunque anche nelle cause fra i legitimarj e i donatarj, nelle quali si contempla lo stato nostro di questione (n.° VII.), tali donazioni si potranno e dovranno ridurre alla quota disponibile dal Codice medesimo, senza tema di retroazione. *Quod Principes censuerint ea*, *quae in certis negotiis statuta sunt*, similium *quoque causarum fata componere* (1).

XLII. Decisione in termini della Corte di Cassazione dell' Impero francese.

§ 737. Bramate voi finalmente una decisione giudiziaria autorevole, mercè la quale venga definita la questione fondamentale, se la riduzione d'una donazione fra vivi si debba eseguire applicando la legge vigente al tempo in cui fu fatta, o la legge vigente alla morte del donatore? Voi l'avete nella causa Labarbe contro Samson, decisa non in via di rejezione di ricorso, ma in via di cassazione il 22 Agosto 1810 dalla Corte di Cassazione dell' Impero francese (2).

I principj e i motivi, le conclusioni tanto del Ministero publico, quanto di quella rispettabile Corte, sono diametralmente opposti ai vostri, e totalmente conformi a' miei.

Ivi si trattò di un atto che si poteva considerare una donazione fra vivi fatta sotto l' impero della Legge 17 Nevoso, anno II. Prima della morte della donatrice sopravenne la Legge 4 Germinale, anno VIII., e la donatrice morì sotto l' impero di questa legge. Le sorelle della defunta si trovarono eredi necessarie, ossia legitimarie. La legge non permetteva alla donatrice di disporre oltre la metà della sostanza a pregiudizio di dette coeredi. Queste erano pure chiamate dalla legge ante-

du 12 Brumaire, an. II., jusqu'à la promulgation du Code civil sur la paternité et la filiation, et sur les successions. Séance du 14 Floreal, an. XI.

(1) L. 3. Cod. *De legibus et constitut.*

(2) Vedi *Recueil général des Lois et arrêts*, de Sirey. Tom. X. an. 1810, Part. I. pag. 371-372.

cedente, ed autorizzate da quella a far annullare ogni atto, co 'l quale il coerede ottenesse qualunque vantaggio capace di alterare l'eguaglianza perfetta fra tutti i coeredi.

Ciò stante, usando esse della legge vigente al tempo della supposta donazione, ne pretesero finalmente avanti alla Suprema Corte l'applicazione.

« L'acte litigieux (dicevano esse) n'ayant pas le caractère d'une dis-» position à cause de mort, s'il était une donation déguisée, se trouvait » être une *donation entre vifs*, ou en avait l'effet. Or relativement à » une *donation entre vifs*, ou à tout acte assimilé à une donation en-» tre vifs, la *quotité* disponible n'est elle pas déterminée par la *loi exi-» stente à l'époque de l'acte même?* »

Domando se quì voi leggete o no la vostra prima tesi.

Ora vediamo che cosa concluda il Ministero publico su questo punto. « Il a pensé .... que une réserve devait être determiné d'après les » lois existentes à L'ÉPOQUE DU DÉCÈS; que ainsi en supposant que le » contrat eût couvert un don, il y aurait lieu à réduction, non à an-» nullation. »

Quale fu la decisione della prelodata Corte di Cassazione? Eccola per intiero.

« La Cour, après un déliberé en la Chambre du Conseil, vu les ar-» ticles 9. et 26. de la Loi 17 Nivose, an II., et l'art. 3. de celle du 4 » Germinal, an. VIII.; »

« Et attendu que si l'on considére l'acte du 4 Vendemiaire, an. VII., » comme une vente, il n'était pas nul, puisqu'aucune loi ne se serait op-» posé à son execution; »

« Que si on le considére, au contraire, comme une donation dégui-» sée par la interposition de la personne du sieur Labarbe, devenus de-» puis le mari de la demoiselle Angélique-Flore Bréant, cette donation » *n'aurait été que réductible;* »

« Qu'en effet la Loi du 17 Nivose, an. II., n'établissait pas une in-» capacité absolue dans la personne d'un co-successible, mais annullait » seulement pour le maintien de l'égalité l'avantage fait à l'un des hé-» ritiers au préjudice de l'autre; »

« Que le droit de ceux ci n'a pu *prendre naissance* qu'à l'instant *du » décès* de la dame veuve Samson, et *tel que le fixait alors* la Loi 4 » Germinal, an. VIII. (1), qui ne prononçait en leur faveur que une *ré-*

(1) Questa legge, come ho avvertito, non è la legge vigente al tempo del contratto, ma la posteriore vigente al tempo della morte della donatrice.

» *serve* de moitié des biens de la donation; que s'il eût été justifié *que* » *cette réserve légale eût été entamée*, *l'avantage* prétendu fait indire- » ctement à la dame Labarbe, AURAIT ÉTÉ RÉDUCTIBLE D'APRÈS CETTE » LOI, mais il n'aurait pu être anéanti en entier; la dame Labarbe pou- » vant retenir par l'effet d'une donation indirecte la quotité des biens » dont elle aurait pu être avantagée directement; »

« Qu'ainsi il y a sous ce rapport fausse application des articles 9. » et 26. de la Loi du 17 Nivose, an. II., et contravention à l'article 3. de » la Loi du 4 Germinal, an VIII. — Casse du 22 Août 1810. — Cour » de Cassation, Section civile. »

§ 738. Io vi domando che cosa vi presenti questa decisione su 'l punto controverso fra noi.

1.° È vero o no che quì si considera il caso di una donazione fra vivi fatta sotto l'impero d'una legge anteriore da una persona morta sotto l'impero d'una legge posteriore?

2.° È vero o no che in concorso degli eredi della legge questa donazione viene riconosciuta in massima *riducibile* tanto in forza della legge esistente al tempo del contratto, quanto in forza della legge vigente al tempo della donazione; come appunto le donazioni inofficiose o lesive della legitima sono in massima riconosciute riducibili tanto in forza del Diritto romano, quanto in forza del Codice Napoleone?

3.° Ma, poste queste due leggi, è vero o no che la Suprema Corte suddetta dichiara che nel caso che la detta donazione fosse stata lesiva della *nuova legitima*, essa sarebbe stata riducibile *secondo la nuova legge*, e non secondo la legge anteriore vigente al tempo in cui fu convenuta la donazione?

V' ha nulla di più positivo e di più conforme al mio assunto? La ragione fondamentale non è forse la medesima ch' io adoperai nella prima disputa con voi? La mia petizione contro di voi contiene forse altro che quello che vien quì dichiarato dalla Suprema Corte dell'Impero francese?

Voi forse mi potrete citare decisioni, con le quali *fu negato* di ridurre donazioni anteriori al Codice Napoleone, a motivo specialmente che il petente la riduzione non vestiva al tempo della donazione il carattere semplice ed assoluto di legitimario. Ma questo contraposto sarebbe totalmente incompetente. Voi abbisognate per la presente questione non di decisioni, con le quali *siasi negato* di ridurre donazioni anteriori al Codice Napoleone; ma bensì decisioni, con le quali siano state ridotte tali donazioni applicando la legge esistente al tempo in cui furono contratte, a preferenza della legge vigente al tempo della morte

del donatore. Di queste propriamente avete bisogno contro di me, e non di quelle; poichè voi concedete a me in qualità di legitimario assoluto il diritto di riduzione, e solamente lo volete esercitare a termini delle leggi anteriori (vedi § 697).

Contentatevi dunque in questa materia di porre per confine delle innovazioni del Codice Napoleone ciò che Giustiniano pose per confine alle sue (1); e quindi usate senza tema della legge del nuovo Codice, conchiudendo con le parole di Giustiniano: *Nihil hac lege derogante veteris Juris conditoribus; quia et eis hoc Majestas imperialis permisit* (2).

---

(1) Cioè le convenzioni o transazioni, o le cose giudicate. Vedi la Nota XIV. in fine di questo scritto.

(2) L. 12. Cod. *De legibus et constitutionibus.*

ANNOTAZIONI

DICHIARAZIONE

Tutte le seguenti Note sono scritte nel senso o dei donatarj o dei legitimarj, secondo ch'esse si riferiscono al discorso degli uni o degli altri, senzachè in esse o nel testo l'Autore di quest' Opera pretenda spiegare il suo positivo sentimento.

Nota I. al § 663, pag. 266.

La prova di ciò che fu asserito nella prima parte di questo paragrafo risulta dagli articoli 920. 923. e 930. del Codice Napoleone. Eccoli per intiero.

« Le disposizioni tanto fra vivi, che per causa di morte, le quali eccederanno » la porzione disponibile, saranno riducibili alla detta porzione al tempo in cui » si apre la successione. »

« Non vi sarà mai luogo alla riduzione delle donazioni fra vivi che dopo ave- » re esaurito il valore di tutti i beni cadenti nelle disposizioni testamentarie; e » qualora vi sarà luogo a questa riduzione, essa si farà cominciando dall'ultima » donazione, e così successivamente risalendo dalle ultime alle più antiche. »

« L'azione per la riduzione o per la rivendicazione potrà promoversi dagli » eredi contro i terzi detentori degl'immobili formanti parte delle donazioni » ed alienati dai donatarj, nella maniera medesima e con lo stesso ordine che si » potrebbe proporre contro i donatarj medesimi, e previa l'escussione dei lo- » ro beni. »

Questi articoli servono di norma ai legitimarj che promovono la loro azione in forza del Codice Napoleone, tanto se la donazione è precedente, quanto se è susseguente al Codice medesimo. La difficoltà che si oppone allorchè si tratta di una donazione precedente, non cade su l'azione del legitimario, ma su la eccezione del donatario, in quanto egli oppone al legitimario un LIMITE alla detrazione della nuova quota; perciocchè egli fa contrastare la maggiore porzione disponibile della vecchia legge e l'acquisto della medesima contro la misura della nuova legitima, a cui il legitimario pretende detrarre.

Nota II. al § 671, pag. 271.

DE IMMENSIS DONATIONIBUS IN FILIOS FACTIS.

Novella Const. XCII.

« Imp. Justin. August. Joanni gloriosiss. per Orientem Praetoriorum Praefe-
» cto, iterum ex-Consuli ordinario et Patricio. »

Praefatio.

« Dudum de Falcidia et illius parte decrevimus, augentes eam non ignobili
» incremento: quod enim nimis inaequale est, non valde placet nobis; sed opor-
» tere quidem praeponi filios, quos pater voluerit: non tamen in tantum minui
» aliis, ut importabilis sit eis imminutio. »

Cap. I.

« Posita igitur a nobis lege in sua virtute manente, illud volumus: Ut si quis
» donationem immensam in aliquem aut aliquos filiorum fecerit, necessarium
» habeat in distributione haereditatis tantam unicuique filiorum servare ex lege
» partem, quantam fuit priusquam donationem pater in filium aut filios, quos ea
» honoravit, faceret. Sic enim nihil ulterius in donationibus querentur, qui ha-
» bent quidem, in omni substantia patris, quod legitimum est; in tantum autem
» aucta quantitate, quantum habuit substantia patris antequam donationibus
» exhauriretur: non valentibus filiis qui donationibus honorati sint, dicere, con-
» tentos se quidem esse immensis his donationibus, videri autem abstinere pa-
» terna haereditate; sed neque cogendis quidem, si contenti sunt donationibus,
» suscipere haereditatem: necessitatem autem habentibus omnibus modis com-
» plere fratribus, quod haec defert secundum quam scripsimus mensuram, ut
» non minus habeant illi, quam quod ex legibus eis debetur, propter factam in
» donationibus immensitatem: dum liceat patri mediocriter sapienti circa omnem
» prolem, etiam iis, qui ab eo potius diliguntur, donare aliquid amplius, et non
» ceteros filios per immensitatem in illos factam laedere, et nostram transcendere
» intentionem. Et haec quidem nostra ab initio cogitatio fuit. Differentes autem
» illud dudum, et humanarum experti animarum, quoniam videbamus eos in
» hujusmodi passionibus labefactari, atque descendere; propterea nunc augmen-
» tum illi legi hoc facimus. § 1. Haec itaque dicimus de filiis gratis existentibus
» eis, non de ingratis et quibus pater justam et legitimam ingratitudinem in-
» fert; nam si hoc ita se habere apparuerit, et approbentur ingratitudinis cau-
» sae, sint ea, quae in lege de ingratis posita sunt, rata: nihil hac nostra legis-
» latione minuenda. »

Epilogus.

« Quae igitur placuerunt nobis, et per hanc sacram nostram declarata sunt
» legem, tua Celsitudo operi effectuique tradere festinet. »

Da questa Novella, combinata con le altre leggi, fu ricavata la Giurispruden-
za detta di *Diritto comune,* riguardante l' azione della legitima su le donazioni.
Questa si legge nella Nota VII. Prego i lettori, che non l'avessero presente, a
consultarla, per ben intendere la forza ed il giuoco della controversia.

Nota III. al § 674, pag. 273.

La definizione della *donazione fra vivi* sì pura che condizionata, che quì si adduce, è esattamente quella del Diritto romano. La prima fu testualmente allegata al § 731. di quest'Opera, a cui corrisponde anche quella addotta nell'articolo 894. del Codice Napoleone, che fu pure ivi trascritta.

Ad ogni modo credo acconcio di presentare l'aspetto unito della donazione suddetta, sì pura che condizionata, quale si trova nel Diritto romano. Se le buone definizioni sono indispensabili nell'esporre una dottrina, molto più esse lo sono in una controversia.

« Donationis verbum, simpliciter loquendo, omnem donationem comprehen-
» disse videtur, sive mortis causa, sive non mortis causa fuerit. » — L. 67. § 1. Dig. *De verborum significatione.* (Ulp. Lib. LXXVI. *ad Edictum.*)

« Donationes complures sunt. Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipien-
» tis fieri, nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit,
» quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie DONATIO ap-
» pellatur. — Dat aliquis ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum
» fuerit; non proprie *donatio* appellabitur, sed totum (*hoc*) *donatio sub condi-
» tione est.* » L. 1. Dig. *De donationibus.*

Nota IV. al § 677, pag. 277.

Che secondo l'anteriore Giurisprudenza la donazione, la quale, considerata nel tempo in cui fu fatta, sarebbe stata inofficiosa o eccessiva, e quindi o rescindibile o riducibile in fatto, avuto riguardo allo stato del patrimonio d'allora, non viene più considerata come tale nel tempo in cui si può intentare la riduzione, se lo stato del patrimonio siasi posteriormente aumentato; e però che la donazione, anche riguardo alla sua rescindibilità, rimanga in sospeso fino alla morte del donatore, nè prima di questo tempo si possa definitivamente stabilire la sua sorte: se lo prova con le seguenti autorità, le quali attestano quali erano i principj di Diritto vigenti su questo punto.

« Donationem inofficiosam revocari cum dicimus, ita coerceatur nisi donato-
» ris facultates in tantum postea creverint, ut relicta portionem legitimam con-
» ficiant. » (Hic cessat finis querelae, quae in L. 6. Cod. *De inoff. donat.*) Vinn. *Partition. Jur.* Lib. III. Cap. XXXI.

« Pone quod pater donatione quadam consumpsit totum fere patrimonium,
» quae donatio inofficiosa foret si ex eo tempore esset computatio facienda, sed
» quia poterit evenire quod ex post acquirat donator unde legitimae filiorum
» satisfaciat, ideo DONATIO MANET IN SUSPENSO, et expectatur mortis tempus; et
» si tunc appareant sufficientia bona, nihil curatur si tempore donationis inof-
» ficiosa fuerit. Omnino est incertum jus filiorum qui possunt praemori (n.° 10).
» Potest pater medio tempore inter donationem et mortem tanta bona acquire-
» re, ita ut inofficiositas cesset. » Carol. Anton. de Luca ad Gratian. Disc. DCCXXIX. n.° 9.

« Quando ergo verificabitur quod judicandum non sit inofficiosa donatio, vel » non debeat mortis tempus expectari? Eo modo quo Faber explicat Def. ult. » Cod. *De inoff. don.* Pone quod pater donatione quadam consumpsit totum » fere patrimonium, quae donatio inofficiosa dicenda foret procul dubio si ex eo » tempore esset computatio fienda. Sed quia poterit quod ex post acquirat do- » nator ex quo in legitimis satisfaciat filiis etiam ex comparatione patrimonii » quod donator habebat ante donationem, IDEO INTERIM MANET DONATIO IN SUS- » PENSO, et expectatur mortis tempus; et si in illo appareant sufficientia bona, » nihil curatur quod quando facta extitit donatio, si judicandum de ea tunc » fuisset inofficiosa dicenda foret. Sufficit enim quod tempore quo filii possunt » petere suas legitimas, non deficiant bona ex quibus eis solvantur. » Fontanella, *De pact. nupt.* L. V. Gl. VIII. P. II. n.° 46.

« Observa 2. quod filius non potest intentare querelam inofficiosae donationis « nisi post mortem patris, quia ante non habet jus in legitima SECUNDUM OMNES. » Antonellus, *De temp. leg.* Lib. II. Cap. LXI. n.° 20.

« Ad cognoscendum num competat querela inofficiosae donationis TEMPUS » MORTIS inspicitur; et ideo licet pater totam substantiam donaverit, tamen si » postea plura bona acquisivit; non competeret querela inofficiosae donationis, » etsi tempore donationis totum patrimonium exhausisset. » Id. ibid. n.° 20.

Da tutti questi passi consta che, secondo la Giurisprudenza o il Diritto comune vigente prima del Codice Napoleone, era riconosciuto:

1.° Che il diritto dei legitimarj su le cose donate nasceva e si spiegava solamente al tempo della morte del donatore.

2.° Che a fine di conoscere e giudicare se la donazione offendeva la legitima, si riguardava l'affare al tempo della morte del donatore; e ciò in conformità del disposto dalle leggi romane, che parlano nei seguenti termini: « Non convenit dubitari quod immodicarum donationum omnibus querela ad *similitu-* » *dinem inofficiosi testamenti legibus* fuerit introducta: ut sit in hoc actionis » utriusque vel *una causa,* vel similis existimanda, vel IDEM (et) TEMPORIBUS et » moribus. » Leg. 9. Cod. *De inoff. donat.*

Ora, secondo lo stesso Codice, qual è il tempo nel quale si può e dee determinare se un testamento sia o no inofficioso? Ecco la risposta: « Cum quaeri- » tur, an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bono- » rum partem MORTIS TEMPORE TESTATOR RELIQUIT INSPICITUR. » Leg. 6. Cod. *De inoff. testam.*

Niuno ignora che sotto il nome di *quarta,* prima di Giustiniano, s'intendeva la legitima; talchè per antonomasia la legitima si designava co'l nome di *quarta.*

Unendo adunque le due leggi risulta, che quando si domanda se una donazione si possa o no ridurre per soddisfare alla legitima, si dee avere riguardo al tempo della morte, e vedere se essa esista o no nel patrimonio del donatore al tempo della morte, senza che siavi in ciò differenza fra l'azione che s'intenta contro un testamento, e l'azione che s'intenta contro una donazione. « Ut sit » in hoc actionis utriusque vel *una causa,* vel *similis* existimanda, vel *tempori-* » *bus* et *moribus.* »

Il sig. Grenier ha sentito quanto la disposizione di queste leggi sia fatale alla sua opinione, con cui sostiene che la riduzione si debba fare avuto riguardo al tempo della donazione, e non avuto riguardo al tempo della morte del donatore; e però si è imaginato che la Novella XCII. abbia disposto il contrario (1).

Ma egli doveva prima di tutto distinguere il caso in cui si tratta di determinare se la donazione sia stata da principio celebrata con la riserva voluta allora dalla legge, dal caso in cui si tratta di determinare se, come e quando sia riducibile. Questa distinzione è capitale, come si può vedere nella Nota VII. Ora nel primo caso conviene certamente dopo la Novella XCII. prendere in considerazione il tempo della donazione; ma nel secondo caso conviene prendere in considerazione il tempo della morte, e quindi osservare qual è la legitima che il padre doveva lasciare al tempo della morte, e detrarla dalla donazione. Certamente che i giureconsulti, i passi dei quali abbiamo testè allegati in prova della Giurisprudenza vigente dopo la detta Novella XCII., concordemente attestano il contrario di quello che afferma il sig. Grenier. Con essi concorda pure quanto nel Consiglio di Stato fu esposto dal sommo giureconsulto, allora Console, Cambacérès (vedi il § 707); talchè l'interpretazione del signor Grenier non solamente è lasciata a lui solo, ma, quel ch'è più, è contraria ai principj del Diritto comune vigente prima del Codice Napoleone.

Per la qual cosa la sua osservazione si ritorce contro di lui. Egli in prima reca il passo della detta Novella XCII., in cui Giustiniano fa menzione dell'obligo, che avranno i padri donatori, di serbare la legitima in proporzione del patrimonio esistente al tempo della donazione. Quì finisce il passo allegato dal sig. Grenier, nè passa più oltre alla operazione, che Giustiniano prescrive, di riunire il patrimonio già donato co 'l lasciato, per eseguire *in omni substantia patris* il calcolo della legitima: lo che si fa solamente dopo la donazione e dopo la morte del donatore; ma dice invece: « Ici à la différence du testament Justi-
» nien, pour la fixation de la légitime ne se rapporte pas à l'époque de la mort,
» ainsi que cela est dit dans la loi 6. Cod. *De inofficioso testamento.* Il entend
» qu'on s'arrête a ce qu'était la légitime au moment de la donation » (2).

Quì, come ognun vede, il signor Grenier riconosce che la legge 6. Cod. *De inoff. testam.* per la fissazione della legitima si riferisce al tempo della morte. Si noti che la detta legge ne parla per la querela d'inofficiosità. Ma così è che la legge 9. Cod. *De inoff. donat.* prescrive, come testè si vide, che si debba tenere la stessa regola anche per le donazioni fra vivi. Dunque il sig. Grenier è costretto a riconoscere che la legge romana si riferisce al tempo della morte anche per la fissazione della legitima da dedursi dalle donazioni fra vivi.

Siccome poi Giustiniano ha considerato i due tempi, cioè quello della donazione e quello della riduzione, nè ha voluto innovar nulla quanto alla massima generale su 'l modo e su 'l tempo di fissare la legitima da dedursi, benchè ne avesse aumentata la quantità; e siccome nel progresso della Novella riunisce i

---

(1) *Répertoire de M. Merlin*, v. *Réserve*, Sez. VI. Art. VII.
(2) Ibid., v. *Réserve*, Sez. VI. Art. VII. pag. 346.

patrimonj, e vuole che i figli abbiano in generale ciò che loro la legge deferisce con l'eredità: così è forza conchiudere che su quest' ultimo punto la Legislazione rimase quale fu da lui fissata nel suo Codice, e come venne in séguito riconosciuta e testificata dai giureconsulti posteriori.

Così intesero la cosa gli autori della Sinopsi dei Basilici, Lib. XLI. Tit. IV. Cap. XVII., Armenopolo 9. § 24, i quali dopo Giustiniano sostituirono alla *quarta*, segnata nella detta legge 6., il *triente*. E così l'intesero gli altri scrittori. Resta dunque fermo che la legitima, secondo il Diritto romano, allorchè si tratta di ridurre le donazioni, si determina al tempo della morte del donatore.

Nota V. al § 680, pag. 280.

In conferma delle osservazioni fatte su l'applicazione delle regole di non far retroagire la legge, piaciavi di por mente al seguente passo del signor Conte Merlin.

« On exagérait beaucoup trop le principe de la non-rétroactivité des lois, si » l'on allait jusq'à dire que le Législateur ne peut plus absolument rien à l'égard » des contrats passés, qui ont une longue suite d'execution; qu'il ne peut plus » imposer aucune condition nouvelle, quoique elle fût appropriée aux nouveaux » besoins de la société » (1).

Si noti bene, che qui egli parla di un oggetto su 'l quale direttamente versò il contratto, e che dai contraenti fu regolato con patti reciprocamente stipulati; e non di una riserva imperativa della legge riguardante un terzo, com' è la legitima. Ora se la legge può evitare il vizio di retroattività nei primi oggetti, quando alcune volte si tratti di regolarne gli effetti progressivi; con quanta maggior ragione si può evitare questo vizio in un oggetto di ragion publica, riserbato sempre al solo Legislatore, e ch' entrò nel contratto come primaria e predominante norma e misura per l' interesse di un terzo, il quale non intervenne a stipulare alcuna cosa nè co 'l donatore, nè co 'l donatario!

Ciò sia detto in contraposto dell' art. *Réserve*, Sez. VI. del sig. Grenier, inserito nel detto Repertorio, dove si segna, per ogni scarico di responsabilità, l'autore dell'articolo medesimo (2). Le ragioni del sig. Grenier sono in sostanza quelle che il donatario ha fatto valere per parte sua, nè abbisognano di ulteriore risposta.

Nota VI. al § 682, pag. 283.

Contro le cose discorse in questa parte del num.° X. sorge la seguente objezione. « La riserva a favore dei figli altro non è che la porzione non disponibile.

---

(1) *Répertoire*, v. *Rente constituée*, § 13. Art. III. pag. 36, Tom. XI. edit. 1809.
(2) Ibid. Tom. XI. pag. 303 in nota.

» Ma questa porzione come potrebbe estendersi sopra beni già disposti? Come
» potrebbero autorizzarsi i riservatarj, co 'l presidio di una nuova legge la qua-
» le coarta il diritto a quella porzione ch'essa sola dichiara indisponibile, ad in-
» taccare la parte di cui il padre non era interdetto a disporre, e di cui dispose
» di fatto sotto l'impero della legge anteriore? L'opinione contraria porterebbe
» all'assurdo, che il già disposto divenisse indisponibile, e che la nuova legge
» avesse potuto vietare ciò che non era più suscettibile di alcun divieto (1). »

La qualità di *disponibile* o d' *indisponibile*, se male non avviso, quì si considera non rapporto al fatto, ma rapporto al diritto; altrimenti ne nascerebbe l'assurdo, che qualunque donazione comunque eccessiva, secondo tutte le leggi, non potrebbe mai essere soggetta a riduzione.

Ciò ammesso, l'indovinello si scioglie con la maggiore facilità. Posto che quì sotto il nome di *porzione disponibile* s'intenda quella parte di beni, della quale un padre poteva prima del Codice legalmente disporre in favore di chi a lui piacesse; e sotto il nome di *porzione non disponibile* altro non s'intenda che quella porzione di patrimonio che la legge serbava a prò dei figli, e della quale se il padre avesse disposto, essi potevano rivendicarla o dai donatarj o dai coeredi: ne viene che tutto questo argomento si risolve ad esprimere, che sarebbe assurdo il dire che dopo che la legge accordò la facoltà di disporre e che fu effettivamente disposto di certi beni, una legge posteriore dicesse che non si poteva disporre di ciò di cui prima si poteva disporre, di ciò di cui fu legalmente disposto.

Ma quì v'è uno scambio d'idée. Sia pur vero che si potesse disporre d'una data parte di beni. I legitimarj non impugnano questa facoltà, nè vogliono far ritrattare la disposizione; e però non vogliono far dichiarare che fosse indisponibile ciò che legalmente fu disposto. Accordano che si poteva disporre d'una parte di beni, e ne fu legalmente disposto; ma negano solamente, che dopo che ne fu disposto non possano i detti beni essere soggetti ad un aggravio maggiore indotto dalla sola legge. L'argomento allegato reggerebbe, quando si volesse impugnare l'atto stesso della disposizione, ossia la fatta donazione; ma non regge quando se la lascia come sta, e senza far tornare indietro le cose donate al donatore, e lasciandole in mano del donatario, si accresce la misura del di lui debito eventuale a favore di un terzo: il quale aumento fino da principio, per la natura stessa delle cose, si dovea considerare come contingibile per fatto del Legislatore.

Si dirà che si toglie in parte al donatario ciò che fu dato prima legitimamente, per passarlo al legitimario; e si toglie ciò che il donatario avrebbe goduto, sempre in forza della legge anteriore. Sia pur vero: ma perchè ciò fu dato a lui legalmente, ne viene forse che fosse a lui dato, rispetto al Legislatore, irrevocabilmente? Ecco ciò che conveniva provare, nè fu provato mai.

Ma il legitimario non aveva diritto se non su ciò che non era disponibile. Come può egli uscire da' suoi confini, e passare ad occupare ciò ch'era dispo-

---

(1) *Conclusioni nella Causa Morando ec.*, pag. 57.

nibile, e che fu legalmente disposto? Rispondo: O mi parlate del legitimario reale, ch' effettivamente succede al donatore; o del legitimario ipotetico, ch' era scritto solamente nella legge anteriore. Se mi parlate del primo, egli ha diritto a *tutto* ciò che la legge vigente alla morte del donatore dichiara non disponibile, ossia alla quota a lui fissata dalla legge vigente al tempo della successione; e ciò è tanto vero, che in tutti gli altri casi la ripete da chi che sia. O mi parlate del legitimario ipotetico scritto nella legge anteriore; e quello è un ente di ragione che non produce nulla, che non domanda nulla, che nulla può nè produrre nè domandare, e che per conseguenza non dà verun diritto al donatario. Il suo posto è occupato dal solo Legislatore, e però il donatario se la deve intendere co 'l Legislatore.

Ma l'argomento ch'esaminiamo involge un altro aspetto. Si domanda = « come potrebbero autorizzarsi i riservatarj, co 'l presidio di una nuova legge la » quale coarta il loro diritto a quella porzione ch' essa sola dichiara indisponi» bile, ad intaccare la parte di cui il padre non era interdetto a disporre, e di » cui dispose in fatto sotto l'impero della legge anteriore? » = Traduciamo questo quesito.

La nuova legge ha aumentata la quantità della legitima: quest' aumento deriva da lei sola. I beni quindi che costituiscono questa nuova porzione aumentata sono dichiarati indisponibili dalla sola legge posteriore. Come mai può avvenire che per questa nuova porzione, o co 'l diritto a questa nuova porzione stabilita da poi, i legitimarj abbiano diritto di detrarre dai beni donati ciò che fu legalmente donato, e si converta una parte di beni disponibile in indisponibile? Tale quesito, come ognun vede, altro non è che la stessa questione che si agita. Debbo quì osservare solamente, che si giuoca su le parole *disponibile* ed *indisponibile* senza concludere nulla per la realtà; imperocchè queste parole non designano una qualità reale dei beni, ma si riferiscono alla facoltà del donatore prima di eseguire la donazione, e ciò in conseguenza dell' ordinazione della legge della riserva. Ora nella questione che si agita non si controverte se i detti beni fossero o no disponibili, nè si dísputa nè meno se dopo divengano o no indisponibili; ma si domanda se dopo che furono disposti ossia alienati per donazione, possano o no in parte divenire, per fatto della legge, proprietà del legitimario.

« L'opinione contraria (prosegue) porterebbe all'assurdo, che il già disposto » divenisse indisponibile, e che la nuova legge avesse potuto vietare ciò che non » era più suscettibile di alcun divieto. »

Traduciamo di nuovo. L' opinione contraria porterebbe all' assurdo, che una parte di beni donati divenisse porzione di legitima, e che la nuova legge potesse togliere al donatario ciò che aveva permesso a lui di possedere per sempre. Quale assurdo vi è in questo concetto? Nessuno. L'assurdo che si fa nascere sta in un falso supposto, che i legitimarj non sognarono mai. Niuno si è mai sognato di dire o che la legitima vecchia diventi eguale alla nuova, o che la donazione anteriore abbia ecceduto i confini della disponibilità della legge d'allora: lo che importa la frase, che il disposto divenga indisponibile, e molto più che si vieti

ciò che non era prima vietato. Niuno ha mai sognato di vestire le idée con quest' assurda corteccia di parole. Ma io lo ripeto di nuovo: i legitimarj hanno solamente preteso che i beni prima alienati con la donazione siano per fatto della legge suscettibili d' una detrazione maggiore di quella a cui legalmente furono assoggettati da principio. O voi volete usare delle parole *disponibile* e *indisponibile* come di puri sinonimi, o voi volete usarne legandovi l' idéa della facoltà d' un padre di disporre solamente d' una parte, e non di un' altra del suo patrimonio. Nel primo caso la objezione è inconcludente, perchè l' urto non consiste che nelle parole, e non nelle cose; nel secondo caso l'objezione è falsa nel suo supposto, perchè attribuisce ai legitimarj una pretesa che non si sognarono mai di proporre e di sostenere.

Egli è proprio di tutte le controversie il confondere le idée più chiare e l' imbrogliare le idée più distinte; e tutti gli scrittori che hanno voluto sostenere la tesi contraria alla mia (prosegue il legitimario contro il donatario) hanno giocato su 'l *revocabile* e l' *irrevocabile*, su 'l *disponibile* e l' *indisponibile*; quasichè ciò ch'era il fatto dell' uomo, e ciò che fu trattato fra mio padre e voi, fosse il fatto della legge, e fosse stato trattato fra voi e me. Ma l' affare è semplicissimo. Esistono donazioni fra vivi senza che vi entri la considerazione di legitima e di riserva; e tali sono tutte quelle che si fanno da persone che non hanno eredi necessarj. Esistono donazioni fra vivi, nelle quali entra questa considerazione. È vero o no che l'atto isolato in ambidue i casi è sempre lo stesso? La servitù a cui lo sottopone la legge nel caso dei riservatarj è cosa separata, nè può essere soggetta e regolata dai rapporti convenzionali contratti fra il donatore e il donatario; e però la ragione non estende sì fatti rapporti, nè gli effetti derivanti dai medesimi, all'azione della riserva. Pietro, che non ha eredi necessarj, dice a Paolo: io ti dono le tali mie possessioni. La legge dice contemporaneamente: io approvo quest' atto, e dichiaro, in conseguenza del fatto dei contraenti, che le cose donate non torneranno più a Pietro se non nel caso dell' ingratitudine di Paolo verso il suo benefattore, o che a questo sopravenissero figli, o che Paolo mancasse agli obblighi contratti verso Pietro. Ecco in che consiste la tanto vantata irrevocabilità della donazione secondo ambedue le Legislazioni. Qualunque legge che sopravenga da poi non può mai alterare quest'atto, nè può aggiungere una nuova causa di ritrattazione dell' atto senza commettere una lesiva retroazione. La proprietà è irrevocabilmente acquistata da Paolo, salvi i tre casi eccettuati, perchè Pietro si è spogliato irrevocabilmente della proprietà in favore di Paolo. L' affare cadde sotto le leggi della convenzione, e fu regolato dall' autorità di una convenzione. La legge ha positivamente sanzionata questa irrevocabilità, perchè fu stabilita dal fatto stesso convenzionale. Essa considerò che Pietro *dat ea mente ut statim velit accipientis fieri*, NEC ULLO CASU AD SE REVERTI (1).

Essa fissò le condizioni della rivocazione fra il donatore e il donatario; e queste formano parte dell'atto, e dánno un jus quesito, perchè si tratta d' un affare

---

(1) L. 1. Dig. *De donationibus*. Vedi l'art. 894. del Codice Napoleone.

di reciproco interesse dei contraenti. L'irrevocabilità e la rispettiva rivocabilità, poste certe cause, di una convenzione non è un privilegio della donazione, ma è comune a qualunque altra lecita convenzione.

Amplificate dunque finchè volete questa teoría senza variarne le basi, e vi prometto di non contradirvi in nulla.

Passiamo all'altro caso. Tizio, che ha figli, dice a Cajo: io ti dono i tali e tali stabili miei, sotto le condizioni e le riserve della legge. Qui nell'atto stesso la legge ripete la sua approvazione nei termini stessi ch'ella usò nella donazione di Pietro; ma siccome Tizio ha figli, essa, invece di porre la sopravenienza dei figli nelle cause di rivocazione, soggiunge: « Ordino e dichiaro di mio proprio » moto, e in vigore della mia propria autorità, che quest'alienazione di Tizio non » debba toglier nulla alla porzione che i figli di lui dovranno per le mie leggi » necessariamente avere alla di lui morte; dimodochè se essi non la troveranno » nel patrimonio di Tizio, dovrà supplirla Cajo fino alla concorrenza delle cose » a lui donate. » Io vi domando se questo sia il vero senso della riserva, o no. Rammentate ciò ch'io vi dissi su la natura e lo stabilimento della legitima (numero IX.), su ciò che viene disposto dalla legge 9. Cod. *De inoff. donat.*, dalla legge 6. Cod. *De inoff. testam.*, dalla Novella XCII., e dal consenso di tutti i giureconsulti; e negate, se potete, questa ordinazione del Legislatore.

Ora, posta una tale dichiarazione, come oserete voi porre in campo l'eccezione della *rivocabilità o irrevocabilità,* del *disponibile* e dell'*indisponibile*? Qui voi avete due serie di rapporti: gli uni sono regolati dalla convenzione; gli altri sono regolati dalla sola legge. Se voi domanderete se la donazione in sè stessa sia o no sussistente, se sia o no rivocabile, voi consulterete l'atto in sè stesso, e i di lui rapporti costituzionali e legali. Se voi inoltre domanderete alla morte del donatore che cosa debbano avere i figli, interrogherete il Legislatore, ossia esaminerete quale sia la porzione ch'egli stabilì. In ciò voi consulterete lui solo, e non Tizio e Cajo, perchè egli solo ordinò e comandò; e Tizio e Cajo non potevano che rispettare ciò ch'egli fece e potea fare per conto dei figli.

È vero che Cajo è interessato a non dare più di quello che il Legislatore prescrisse. Diciamo di più: egli non è obligato a dare, nè i figli hanno diritto ad ottenere più di quello che il Legislatore prescrisse. Resta dunque a determinare un fatto; e questo fatto è: quanto il Legislatore abbia riservato ai figli di Tizio. O la legge della riserva al tempo della morte di Tizio è la stessa di quella del tempo della donazione, o no. Nel primo caso non può insorgere nè dubio, nè controversia. O è diversa; ed allora insorgono due ispezioni: la prima di fatto, la seconda di diritto. Con la prima si domanda in che la legge posteriore sia diversa dall'anteriore; con la seconda si domanda se Cajo donatore debba servire alla legge posteriore più tosto che all'anteriore, o viceversa.

Quanto alla prima, si trova che la diversità non consiste che nella quantità della riserva; e però la questione di diritto non potrà versare che su i rapporti di ragione, indotti dalla sola differenza della quantità della riserva.

Se il Legislatore stesso o nella legge anteriore o nella posteriore avesse espressamente stabilito che Cajo dovrà prestare assolutamente la quota ordinata dalla

legge vigente al tempo della morte di Tizio, non è egli vero che la questione sarebbe tolta? Ma la legge posteriore non ha espressamente statuito su 'l passato. La legge anteriore non ha espressamente contemplato il caso d'una legge intermedia fra la donazione e la morte del donatore, nè ha dichiarato a quale delle due Cajo debba servire.

Che cosa dunque rimane per definire la questione? — È indubitato che i figli di Tizio hanno diritto di domandare dall' eredità di lui la riserva stabilita dalla legge posteriore; è indubitato che se Tizio avesse fatta la sua donazione sotto l'impero della nuova legge, i figli di lui, non trovando la loro quota nella eredità paterna, si sarebbero rivolti in sussidio contro di Cajo, e l'avrebbero ottenuta da lui.

Dunque la questione non verte più su 'l punto se i figli di Tizio abbiano o no diritto di domandare la quota stabilita dalla legge posteriore, se possano o no ottenerla dal patrimonio paterno; ma solamente se nel caso che non la possano ottenere da questo patrimonio, possano in sussidio domandarla a Cajo donatario.

Ciò non è ancor tutto. Se il patrimonio lasciato da Tizio fosse tanto ristretto, che mancasse ai figli di lui non solamente la quota della legge posteriore, ma mancasse in tutto o in parte quella della legge anteriore; è fuori di dubio che i figli di Tizio potrebbero conseguire da Cajo almeno la minor quota della legge anteriore.

Dunque la questione si concentra a sapere solamente se Cajo debba in sussidio prestare l'accrescimento fatto dalla legge posteriore, postochè i figli hanno diritto di domandarlo al patrimonio di Tizio.

Ristretto il punto di questione a questi ultimi termini, nascono due ispezioni: 1.° Quali sono le objezioni competenti a tale questione? — 2.° Con quali ragioni può essere sciolta la questione?

Quanto alla prima ispezione, si risponde che i legitimarj riconoscono che il fatto della donazione è anteriore al nuovo aumento fatto dalla legge. Dunque rimane a vedere se questo fatto possa mai cadere sotto la podestà della nuova legge. Se vi può cadere, fino a qual segno può egli esservi sottoposto?

È indubitato che il fatto convenzionale della donazione fra Tizio e Cajo non cade sotto la nuova legge; e però tutte le massime riguardanti la rivocabilità o la irrevocabilità dell'atto stesso sono fuori di disputa, e rimangono come sono. È dunque cosa incompetente il suscitare allarmi e rumori su questo punto. La controversia si restringe alla dichiarazione della riserva fatta di moto proprio dal Legislatore nell'atto della donazione per l'interesse dei figli di Tizio.

Quì non v'entra niente di convenzionale; ma tutto è puramente imperativo, tutto è di ragione legislativa, tutto è regolato dalla parola, dalla mente e dai rapporti del Legislatore.

Non si può dunque gettare in mezzo alla questione le cose che appartengono alla convenzione. Dunque le ragioni competenti alla questione sono quelle che possono essere dedotte dai soli rapporti legislativi della riserva, in quanto colpiscono il donatario.

Il donatario concede di essere tenuto a soddisfare in sussidio alla quota stabilita dalla legge anteriore, perchè questa legge impose a lui tale obligo nell'atto della donazione; ma egli nega d'essere tenuto di soddisfare all'accrescimento introdotto posteriormente dalla legge in favore dei legitimarj, benchè essi abbiano diritto di ripeterlo dall'eredità del padre loro.

Ma perchè ciò, se non perchè la legge anteriore riserva alla morte di Tizio quattro invece di otto? Questo è il solo fatto ch'egli può citare contro il Legislatore. Ora da questo solo fatto nasce forse un diritto a Cajo di negare alla nuova legge l'azione di sottoporre i beni donati a prestare l'accrescimento posteriormente da lei introdotto? Ecco la questione competente al punto controverso.

Il discorso che tiene Cajo al Legislatore (e nel caso nostro non lo può tenere che con lui solo, come si è veduto al n.° V.) si riduce al seguente: = Voi ieri mi diceste ch'io dovrò alla morte di Tizio, in difetto del di lui patrimonio, pagare ai figli di lui su le cose a me donate la porzione che la legge attribuisce loro per titolo di legitima. Ieri la vostra legitima non era di otto, ma di quattro. Dunque voi non potete oggi togliermi gli altri quattro da voi aggiunti oggi in favore dei figli di Tizio, postochè voi approvaste che io li acquistassi irrevocabilmente. Quest'aggiunta va a carico del patrimonio di Tizio, e non di me. =

Da questo discorso che cosa conviene dibattere come incompetente? È chiaro che conviene dibattere il secondo titolo d'irrevocabilità, perchè il Legislatore può rispondere: = Io approvai che acquistaste irrevocabilmente rapporto a Tizio i detti beni, nei quali sono compresi gli altri quattro che oggi carico sopra di voi; ma quando io dissi ciò, altro non vi dissi se non quello che sta nella mia definizione della donazione, cioè che in nessun caso, fuorchè negli eccettuati, le cose donate non debbano ritornare a Tizio: *nec ullo casu ad se reverti.* E come mai volete voi convertire una irrevocabilità puramente rispettiva e convenzionale, ristretta fra voi e Tizio, in una irrevocabilità assoluta fra voi e me? Contro di me potete venire con altre ragioni, se vi piace, ma non con questa. Io non pretendo oggi di distruggere quello che fu convenuto fra voi e Tizio; non pretendo di far tornare indietro le cose donate: ma pretendo solamente di ampliare il favore dei figli di Tizio, su i quali nè voi nè Tizio avevate diritto di contrastare con me, ma avevate invece un obligo assoluto di obedire. Resta dunque a vedere se per qualche altra ragione io possa oggi su i beni che non debbono più tornare a Tizio, e che furono irrevocabilmente trasferiti in voi, aumentare il carico eventuale prima imposto da me in sussidio del patrimonio di Tizio. = Ecco i veri ed unici termini competenti della questione.

Passando al secondo quesito, io domando se, esaminando i rapporti stabiliti fra il Legislatore e il donatario, si trovi per avventura che il Legislatore abbia dichiarato che anche nel caso d'una nuova legge, che aumentasse la legitima, il donatario non dovrà soggiacere che alla prestazione della minore legitima antecedente. Sia pur vero che l'obligo eventuale e sussidiario, indotto dalla prima legge, fosse minore: ne viene forse di necessaria conseguenza che dalla medesima legge non possa essere aumentato prima che nasca il diritto correspettivo

dei legitimarj? Per parte del donatario si tratta d'un obligo in faccia alla legge, e non di un diritto. Fra il donatario e il legitimario non esiste atto convenzionale di sorta alcuna, che il Legislatore dovesse rispettare. Dunque non esiste veruna causa che possa indurre il vizio di retroattività.

Ciò non è tutto. Scorrendo in altri luoghi la legge vigente al tempo della donazione, si trova dichiarato:

1.° Che la donazione fra vivi è simile ai legati, salvo che temerariamente non viene rivocata (vedi il § 732); talchè per carattere principale la legge assegnò non le convenzioni reali o gli atti fra vivi, ma bensì un atto in causa di morte; e per carattere differenziale non la irrevocabilità assoluta, ma la revocabilità motivata.

2.° Che la legitima da detrarsi dalle donazioni si determina al tempo della morte del donatore, e si detrae per la stessa causa, nella stessa maniera e con le stesse regole che si praticano nei testamenti (L. 9. Cod. *De inoff. donat.*; L. 6. Cod. *De inoff. testam.*); e però avendo contemporaneamente alla donazione il Legislatore dichiarato che la porzione che dovrà prestare Cajo ai figli di Tizio sarà quella che si troverà stabilita dalla legge al tempo della morte di Tizio, talchè la domanda dei figli è la stessa tanto contro il patrimonio paterno, quanto contro i beni donati che vengono in sussidio dell'eredità; resta concludentemente provato che la riserva della legitima è una specie di testamento o legato, quale fu definita nel testo del mio discorso.

Questa conclusione, tutta relativa alla legge, viene confermata dalle seguenti considerazioni, relative alla convenzione medesima.

È indubitato che le donazioni fatte sotto il régime del Gius comune dovevano, a fine di non essere rescindibili, contenere la riserva di tanti beni, quanti occorressero a soddisfare alla legitima dei figli, come più ampiamente si vedrà nella seguente Nota. Tali sono di fatto le donazioni italiane, su le quali si disputa oggidì. Questa riserva era fatta dal donatore stesso per questo titolo. Essa per altro importava di diritto, che se la parte dei beni riservata non si fosse trovata alla morte del donatore intiera, o per la sopravenienza dei figli dopo la donazione non avesse bastato a soddisfarli, dovea in sussidio essere supplita dal donatario fino alla concorrenza dei beni donati.

Dunque la formula più ristretta possibile di quelle donazioni, ch'è pure comune anche alle odierne, era: = Io dono a Cajo irrevocabilmente il mio patrimonio, meno la legitima dovuta ai figli che ho, e che potrò avere di più al tempo della mia morte. =

Voi non potete eccepir nulla contro questa formula, perch'è identica a quella del sig. Grenier, uno de' vostri più celebri difensori.

Traduciamo prima di tutto questa formula: = Io dono a Cajo irrevocabilmente il mio patrimonio, meno quella porzione che la legge mi obliga di lasciare ai figli viventi alla mia morte. = La parola *legitima* è sinonimo di quest'ultima frase.

Io vi domando se questa frase, concepita in tempo presente, fosse invece concepita in tempo futuro, ed esprimesse = meno quella porzione che i miei figli

dovranno avere per legge al tempo della mia morte, o che la legge loro attribuirà al tempo della mia morte = vi credereste così sicuro della vostra causa?

È certo che l'atto stesso della donazione avrebbe racchiuso fino dal suo principio l'unica considerazione del futuro, ossia avrebbe contemplata l'unica legitima vigente al tempo della morte; cosicchè voi non avreste potuto armare contro il Legislatore nè meno il colore di un jus quesito co'l pretesto della minor quota esistente al tempo della donazione. Ora vi domando: la sola parola *legitima*, pronunciata da un padre vivente, non inchiude forse di sua essenza quest' unico tempo futuro? Non è forse la legitima essenzialmente successoria, e conferita assolutamente ed esclusivamente al tempo della di lui morte?

Ma voi dite: La frase è concepita in tempo presente; il donatore si è riferito al tempo presente: dunque la riserva fatta si dee restringere alla misura legale del tempo presente, benchè la cosa in sè stessa sia per disposizione di legge essenzialmente successoria, e di sua natura riferita al tempo della morte.

La vostra objezione (io vi rispondo) non val niente. Chi ha compagni ha compadroni. Il donatore e il donatario hanno per lo meno compagna la legge, ed ella si rende l'interprete della riserva fatta dal donatore. Il senso di questa riserva, considerata isolatamente, è lo stesso tanto se venga fatta in un testamento, quanto se venga fatta in una donazione: sì perchè in ambo i casi è uno stesso atto, tutto di autorità della legge, riferito al caso di morte; e sì perchè inserita in una disposizione dell' uomo diviene un atto di volontà, il quale riceve lo stesso senso tanto in un contratto, quanto in una disposizione *causa mortis*. Ciò premesso, passo a dimostrarvi che la vostra objezione è inconcludente, e che la formula suddetta, concepita in tempo presente, si converte, secondo la legge regolatrice del contratto, in tempo futuro ed unicamente futuro; ed altro non significa, se non che Tizio dona a Cajo il suo patrimonio, meno la porzione che i figli DOVRANNO AVERE PER LEGGE AL TEMPO DELLA MORTE DEL PADRE LORO. Eccone la prova con le parole della legge, con la intelligenza del celebre signor Conte Merlin, e della Corte di Cassazione dell' Impero francese. « La » loi 51. Dig. *De legatis II.* prévoit le cas ou un testateur s'exprimerait ainsi: » *je légue à un tel le maximum de ce que je peus lui donner.* Et elle demande » si pour déterminer l'étendu d'un pareil legs on doit considérer quelle était la » capacité du légataire à l'époque du testament; ou si l'on doit s'arrêter à ce que » le légataire était capable de recueillir au temps du décès du testateur: et c'est » pour ce dernier parti qu'elle se décide. — Si ita quis testamento suo cavis- » set: illi quantum plurimum PER LEGEM ACCIPERE POTEST, dari volo; utique » tunc, CUM QUANDO CAPERE POTUERIT videtur ei relictum. Sed et si dixerit, » quam maximam partem dare possum, damnas estō haeres meus ei dare, idem » erit dicendum.... » Da ciò conchiude come segue: « Nul doute que pour ré- » gler la latitude des effets d'une semblable institution il ne faille s'arrêter uni- » quement aux règles de la disponibilité qui existent au moment du décès de » l'instituant » (1).

(1) *Questions de Droit*, verb. *Avantages entre conjoints*, pag. 598. Paris, an XI.

La Corte di Cassazione, con suo giudicato del 28 Germinale, anno XI., dichiarò lo stesso. « Suivant les lois romaines, même et notamment la loi 51. Dig.
» *De legatis II.*, quand un legs est fait de tout ce dont un testateur peut dispo-
» ser, c'est la loi subsistante au temps de la mort du testateur, et non celle du
» temps du testament, qui doit régler l'effet de cette disposition » (1).

Applichiamo la legge al caso nostro. Il donatore che fa la riserva che cosa dice? *Filiis meis quantum per legem accipere possunt dari volo.* Che cosa dice al donatario nel caso che il suo patrimonio non bastasse a soddisfare alla quota legale contemplata nella riserva? *Quam partem dare filiis meis debeo damnas esto donatarius meus.* L'una e l'altra parte si riferisce essenzialmente alla misura che si trova al tempo della morte, perchè al pari del legato dell'uomo essa non si può verificare che alla morte del donatore.

Nè qui può nascere differenza, perchè questa dichiarazione sia fatta più tosto in un testamento, che in un atto fra vivi. La disposizione è la stessa, ed ha lo stesso senso futuro, perchè la natura della legitima è essenzialmente la medesima, sia che venga scritta in un luogo, sia che venga scritta in un altro. La traslazione del dominio libero dei beni, per qualunque titolo si facia, essendo correspettiva e conseguente soltanto alla soddisfazione della legitima, e questa prelevandosi sempre dalla donazione a titolo, dirò così, di precipuo, ne viene necessariamente ch'essa assoggetta il rimanente dei beni a tutti gli effetti che la sua natura importa. Ora se in qualunque modo sia ella espressa in un atto, essa è sempre successoria, e riferita per volontà espressa del Legislatore, moderatore del contratto, alla morte del donatore, ed assoggettata alle regole vigenti alla morte stessa; egli ne segue, che sebene la corteccia delle parole della riserva sembri esprimere la quota vigente al tempo della donazione, ciò non ostante essa si deve per la DEDUZIONE riferire alla quota stabilita al tempo della morte del donatore.

Ma se dall'altra parte è certo che la riserva fatta allora al donatore impone l'obligo al donatario di prestare ai legitimarj, in mancanza del patrimonio del donatore, la quota a cui il donatore medesimo poteva essere tenuto verso i figli suoi; ne segue necessariamente che il donatario, in forza dei termini del suo contratto, fu assoggettato a questa condizione; e però risulta di nuovo, che la riserva della legitima altro non è che una specie di legato fatto dal Legislatore, ch'entra nella donazione nel modo ch'io vi dissi nella mia disputa.

Per ultimo compimento della questione i vostri difensori hanno messo in campo le così dette *instituzioni contrattuali.* Esse sono un atto, co'l quale l'uno dei contraenti dichiara a titolo di contratto d'instituire l'altro nella di lui eredità. Questo contratto non toglie, come nota il sig. Chabot d'Allier, « que l'instituant
» ne puisse aliéner à titre onéreux même la totalité des biens compris dans l'in-
» stitution. »

Questa specie di contratto (si dice) è regolato dalla legge esistente al tempo in cui viene celebrato, e non dalla legge che si trova in vigore al momento della

---

(1) *Questions de Droit*, verb. *Avantages entre conjoints*, pag. 599. Paris, an. XI.

morte dell'*instituente*: e pure egli non può aver effetto che alla morte dell'instituente, mentre l'instituito non s'impossessa della proprietà dei beni che a quel tempo. Dunque a pari (dice il sig. Grenier ed altri con lui) la riserva dei legitimarj, che si deduce dalle donazioni, si deve determinare avuto riguardo al tempo del contratto, e non al tempo della morte del donatore: in breve, si deve fingere, come nelle instituzioni contrattuali, che il donatore sia morto súbito dopo la donazione.

Un solo momento di attenzione fa scoprire che la parità non corre in conto alcuno. L'instituzione suddetta, con tutte le sue condizioni legali, forma l'oggetto sostanziale della convenzione fra l'instituente e l'instituito. La loro volontà aveva necessariamente un oggetto determinato e presente. Compiuto l'atto, non si poteva più cangiare il passato, ma si poteva solamente di consenso fare un nuovo atto. Niuno di essi poteva lasciare in balía di una futura legge un fatto preciso, un atto positivo di volontà. Ma le donazioni considerate fra il donante e il legitimario, o fra il donatario e il legitimario, o fra i primi due e il Legislatore, sono forse simili? Niun patto, niuna convenzione, niun contratto è passato fra essi; e però non si potè con la scorta e co'l titolo d'un atto di volontà determinare ciò che poteva spettare al futuro legitimario; anzi poteva nascere il caso che il Legislatore diminuisse la riserva: nel qual caso il legitimario non avrebbe potuto reclamar nulla, e il donatario avrebbe sicuramente avvantaggiato. Che cosa dunque rimase? Altro non rimase che l'instituzione del solo Legislatore, che i due contraenti dovevano rispettare, e verso il quale non poteano prestare che una obedienza passiva. È dunque falso che l'affare della deduzione della legitima dalla donazione si debba regolare come se il donatore fosse morto súbito dopo la donazione. Questa proposizione è falsa sotto qualunque Legislazione, stando anche la stessa legge nei due tempi della donazione e della morte del donatore. Essa è falsa in qualunque affare non convenzionale, e puramente successorio *causa mortis*, come quello della legitima, perchè da una parte non potè legalmente essere soggetto di convenzione con l'erede della legge, comunque avesse potuto essere considerato fra il donatore e il donatario; e dall'altra era un affare riportato al futuro, e fratanto posto in piena balía del Legislatore. È ridicola ed incompetente ogni operazione fatta da due contraenti relativamente all'interesse di un terzo che non intervenne a contrarre, e che invece riconosce e ripete tutte le sue ragioni dalla sola legge, ed il di cui destino sta in mano della sola legge finchè vive il donatore. In breve, il legitimario non veste allora che il puro e semplice carattere di *erede della legge*, come lo chiamò un Oratore del Governo; e come tale si può applicare a lui il ragionamento contrario che si terrebbe parlando di un testatore e di un erede. In ciò mi rimetto a quanto dice il sig. Merlin nella questione su citata.

CONCLUSIONE.

Riducendo pertanto le cose discorse fin qui al punto sostanziale della controversia, ecco (dice il legitimario) come io conchiudo. In ogni donazione convien distinguere il *fatto* della convenzione dal *fatto* della legge, e convien determi-

nare ciò che dipende dal *potere* della convenzione da ciò che dipende dal *potere* della legge. Quanto al primo punto, tutto si determina avuto riguardo allo stato delle cose esistenti al tempo della convenzione, perchè ciò ch' è fatto è determinato essenzialmente dal luogo e dal tempo. Quanto al secondo punto, convien distinguere se il fatto ordinato dalla legge, ed al quale essa aveva annesso un dato effetto, fu eseguito e consummato sotto l' impero della legge stessa, o no. Quando fu eseguito e consummato sotto l' impero della stessa legge, l'atto intiero, a cui si riferiva il fatto stesso, riceve la sua piena legalità e il suo compimento irrevocabile dalla legge, sotto la quale il fatto stesso fu regolato e consummato. Nel caso contrario l'atto stesso riceve il suo compimento e il suo stato irrevocabile dalla nuova legge, sotto la quale si consumma il fatto o la solennità apposta dalla legge, e nell'intervallo rimane in sospeso senza vizio. Ecco le parole del sig. Chabot d'Allier, parlando di certi diritti reali del genere successorio, simili appunto alla legitima, e dipendenti dal solo impero della legge. Questi diritti « n'ayant d'existence que par l'autorité des lois qui les ont établis, ne peuvent » conserver de force et de valeur qu'autant que ces lois conservent elles-mêmes » de l'autorité: et la loi nouvelle, qui abroge les unes, abolit conséquemment les » autres (1). » Questo principio si estende fino su le cose che affettano per ministero della legge l'atto stesso convenzionale di donazione. Prova ne sia una donazione fra vivi, alla validità della quale era necessaria la insinuazione, che, secondo certe leggi, si poteva diferire fino alla morte del donatore. In essa supponendo il caso che il donatore sia morto dopo il Codice Napoleone, la perfezione legale della donazione viene retta da due Legislazioni, e riceve il suo ultimo compimento dalla nuova: perchè da una parte la materia dipendeva dal fatto della legge; e dall' altra i legitimarj, che poteano aver diritto su le donazioni, non avevano ancora acquistato verun diritto su la medesima, come appunto decise la Corte di Cassazione dell' Impero francese nella Causa Rougié e Lafarge il 17 Aprile 1811 (2).

Ora: 1.° Essendo indubitato anche per voi che lo stabilimento della legitima, la di lei riserva nelle donazioni, la di lei ipotetica detrazione dai beni donati dopo la morte del donatore in mancanza del patrimonio paterno, è tutto fatto della legge, tutta cosa riservata all' autorità della legge, tutta cosa indotta e regolata dal solo potere della legge; dunque è manifesto che prima che siasi verificato il caso, all' esistenza del quale fu legato il diritto della riduzione, cioè prima della morte del donatore, la legge ebbe tutto il libero potere d' introdurre le innovazioni ch'essa credeva opportune; e però allorchè posteriormente l' atto si eseguisce, dev' essere interamente regolato giusta la nuova regola introdotta.

2.° Considerando poi che voi riceveste la donazione sotto una legge, la quale v' imponeva il carico eventuale e sussidiario di supplire a me quella quota che

---

(1) Vedi la nota X., dove si è riportato tutto *il* passo del sig. Chabot, e la teoría sommaria dei diritti quesiti rispettivamente alla retroattività.

(2) Vedi la Raccolta di Sirey, Tom. XI. Parte I. pag. 201.

mio padre mi doveva per legge salvare; considerando che la stessa legge, indipendentemente dalla condizione necessaria alla primitiva validità dell'atto della donazione, vi diceva che questa quota da detrarsi viene precisamente ed unicamente determinata al tempo della morte; che ogni locuzione in tempo presente si risolve in tempo futuro, e la disposizione viene regolata secondo le sole capacità che il futuro presenta (come vi ho dimostrato più sopra con la scorta delle leggi): egli è ormai manifesto che nell'atto stesso della donazione voi E PER FATTO DELLA LEGGE E PER FATTO DELLA CONVENZIONE INTERPRETATA DALLA LEGGE contraeste il carico eventuale e sussidiario di supplirmi l'unica quota vigente alla morte di mio padre.

Nota VII. al § 697, pag. 300.

La Giurisprudenza comune in materia di donazioni fra vivi fatte dai padri presentava, dipendentemente dalla Novella XCII. e dalle leggi Giustinianée *De inoff. donat.* e *De inoff. testam.*, due questioni capitali che non conviene confondere. Esse si possono concepire nei seguenti termini.

1.° Che cosa si ricerca, affinchè una donazione fra vivi d'un uomo che ha eredi necessarj sia, per rapporto all'azione della legitima, fin da principio sussistente?

2.° Dato che la detta donazione sia sussistente nel suo principio, quando ha luogo la riduzione, e come viene essa eseguita?

In tali questioni si suppone che l'atto della donazione non abbia altro vizio estraneo; e se lo considera soltanto in relazione all'azione della legitima su le donazioni.

La prima questione, come ognun vede, prende di mira l'atto primitivo ed isolato della donazione, onde o sostenerlo, o rovesciarlo interamente. Essa quindi non involge considerazioni posteriori alle donazioni medesime se non in grazia della validità originaria e primitiva dell'atto stesso.

La seconda, per lo contrario, suppone la validità primitiva dell'atto, e trasporta la mente al tempo della morte del donatore, per provedere all'interesse dei legitimarj.

Quello però che v'ha di comune nell'una e nell'altra specie di fatto si è:

1.° Che l'azione o di rescissione o di semplice riduzione non si può intentare dai legitimarj se non dopo la morte del donatore.

2.° Che si suppone sempre che la legge relativa alla legitima e alla riduzione al tempo della morte fosse la stessa di quella che vigeva al tempo della donazione.

Premesse queste nozioni, passiamo alla soluzione dell'una e dell'altra questione secondo i principj che allora erano adottati.

Domandandosi che cosa doveva contenere una donazione, considerata rapporto alla legitima, onde non essere in sè stessa rescindibile, si rispondeva con distinzione: o il donatore, avuto riguardo allo stato del patrimonio esistente al tempo

della donazione, serbò intatta una parte di beni equivalente al triente e al semisse; o no. Nel primo caso la donazione non è rescindibile, se bene l'accidente abbia da poi fatti perdere al donatore i beni eccettuati dalla donazione; talchè alla sua morte trovandosi il patrimonio deficiente, i legitimarj possono bensì agire pe 'l supplemento alla legitima, ma non possono rescindere, ossia far ritrattare l'atto primitivo della donazione. Nel secondo caso si rispondeva con distinzione: o il donatore acquistò prima della morte nuovi beni, pe' i quali i legitimarj alla di lui morte trovano il loro triente e il loro semisse, computando lo stato intiero del patrimonio, compresovi il donato; o no. Nel primo caso la donazione non si rescinde, quand'anche da principio fosse stata assorbente, inofficiosa, perchè l' intenzione del Legislatore si trova adempita; nel secondo caso si rescinde, perchè da principio la donazione fu fatta contro il prescritto dalla legge, e il difetto non fu sanato prima che i legitimarj promovessero la loro azione. Ecco il risultato dei principj della Giurisprudenza antecedente su questo proposito, come ne fanno fede i migliori giureconsulti (1).

Poste queste regole, si vede: 1.° che nell' azione, sia di rescissione, sia di riduzione, si considera il patrimonio del donatore in due tempi. Nel primo tempo si esamina quanto egli era allorchè fu fatta la donazione, quanto fu diminuito e quanto rimase, e se ciò che rimase sia eguale o no al prescritto dalla legge d' allora. Nel secondo tempo, cioè alla morte del donatore, si considera pure lo stato del patrimonio medesimo che si trova, e vi si unisce co 'l pensiero quello che fu donato, per vedere se sopravanza la quota dovuta ai legitimarj. Dietro questo esame di fatto se si scopre che i legitimarj trovano tutto ciò che loro perviene, essi lo conseguiscono senza inquietare i donatarj. Se poi, computando la sostanza esistente con la sostanza donata, non trovano d'avere tutto ciò che loro appartiene di legge, allora esaminano la storia della donazione, onde scoprire se possa aver luogo o la rescissione, o la semplice riduzione. Trovano essi che la donazione fu fatta con la riserva della porzione legale, avuto riguardo allo stato del patrimonio quale si trovava al tempo della donazione? allora lasciano sussistere la donazione, e ne intentano solamente la riduzione in proporzione di ciò che loro manca al compimento della legitima. Trovano essi, per lo contrario, che la donazione fu fatta senza la riserva della legitima? allora intentano la rescissione dell' atto, come fatto contro il prescritto dalla legge. — 2.° Ciò non è ancor tutto. Prego ad osservare che, dietro questa teoría, sorge una particolarità che non s' incontra in verun contratto perfetto di proprietà reale (veggasi la No-

---

(1) Dopo la l. 87. § 3. ff. *De legatis II.*, e tutto il Titolo del Codice *De inoff. donat.*, e la Novella XCII., si consultino: Donello, Lib. XIX. Cap. XI. n.° 5. — Vinnio, *Partit. Juris*, Lib. III. Cap. III. XXXI. — Molin *in explanata* l. 5. Cod. *De inoff. donat.* n.° 41. — Sichard in dict. leg., n.° 12. — Christineus, *Dec. Belg.* Tom. II. Dec. CLXXI. n.° 9. — Cancerus, *Variar. resol.* Part. I. Cap. VIII. n.° 119. — Antonellus, *De temp. leg.* Lib. II. Cap. LXI. n.° VII. — Fontanella, *De pactis nup. claus.* 5 Glos. VIII. pag. 2. n.° 40. — Merlin, *De legitima*, Lib. II. Tit. I. Quaest. XXI. n.° 46. — De Luca *ad Gratian.* Disc. DCCXXIX. n.° 29. — E finalmente i passi sopra citati nella Nota IV.

ta IV.); e *questa è*, che la donazione, la quale per mancanza di riserva nella sua *stessa costituzione* primitiva era viziosa e rescindibile, per fatto posteriore della *sola fortuna* diviene perfetta e non rescindibile; talchè la sola fortuna posteriore *all'atto* può fare una novazione cadente nella stessa costituzione dell'atto.

Ora domando con qual coraggio si osi provocare i legitimarj al solo momento della donazione, come se fosse un atto unico e perentorio regolatore della riduzione da praticarsi dopo la morte del donatore, mentre che il donatario stesso recede da questa considerazione isolata per approfittarsi del beneficio posteriore della fortuna, onde sanare la illegalità primitiva dell'atto? Se la ragione legale importasse di misurare la riducibilità e i rapporti della donazione con la legitima, prendendo per norma il solo atto primitivo della donazione medesima, sarebbe necessario determinare sì fatti rapporti attivi e passivi, limitandosi esclusivamente allo stato delle cose esistenti al tempo della donazione, nè si potrebbe mai uscire da quello stato; come quando si contempla la validità o la invalidità, la lesione o non-lesione di una vendita, non si esce dal contratto e dal valore dei beni di quel tempo. Ma tanto è lungi che si debba fare quella limitazione, che il donatario si prevale della fortuna posteriore del donatore per sanare un atto da principio vizioso. E perchè dunque non dovrà egualmente risentire l'effetto di una legge operante nel medesimo intervallo? Qual diritto irrevocabile potrebbe opporre un donatario contro il legitimario, o contro la legge, in forza di un atto che può non rimanere nella sua prima misura, e ricevere una novazione dal tempo? e quindi come può il donatario combattere contro il legitimario con un titolo e con una ragione, della quale il legitimario non si può prevalere contro di lui?

Se fosse vera la tesi dei donatarj, sarebbe pur vero che il legitimario potrebbe far rescindere una donazione che nel tempo in cui fu fatta assorbiva la legitima, quantunque prima della morte fosse sopravenuto un sufficiente patrimonio al donatore. Ma ciò è falso. Dunque è falso che l'atto solo della donazione possa servire di norma a determinare la sua riduzione.

Da tutto ciò dunque si vede che, stando la stessa Legislazione, la quota legale, considerata tanto nella legge quanto nel contratto, si determina bensì dietro il disposto della legge vigente al tempo della donazione, e avuto riguardo allo stato del patrimonio allora esistente; ma non ne viene perciò di necessaria conseguenza che la riduzione che si fa alla morte del donatore non si possa eseguire anche con la norma di una legge intermedia fra la donazione e la morte del donatore. Imperocchè in questo caso non si tratta d'impugnare la donazione nè come inofficiosa, nè come illegale; ma si tratta solamente di far supplire dai donatarj ad un obligo imposto dalla sola legge, a cui in ogni tempo erano esposti verso i legitimarj, trattandosi d'un oggetto di spettanza totalmente legislativa, e che fra i contraenti non poteva prima essere nè regolato, nè predominato.

Se ben si considera la cosa, la vista usata sotto l'impero d'una legge che si trova la medesima tanto al momento della donazione, quanto al momento della morte del testatore, non può servire di norma a ragionare precisamente nella stessa maniera nel caso di un cangiamento della legge; a meno che non si provi

un anteriore diritto irrevocabilmente acquistato, contro il quale cessa l'azione della nuova legge.

Si può dunque far valere la teoría dell'antecedente Legislazione, senza escludere la riduzione alla misura della nuova legge. Di fatto, quando si tratta di un testamento anteriore al Codice di un uomo che muore dopo la di lui publicazione, si fanno le stesse indagini su la legalità del testamento e su la disposizione del testatore, e in ciò si prendono per norma le leggi anteriori, e la disposizione passata dell'uomo; ma tutto ciò toglie forse che la riduzione non si facia secondo la misura del Codice posteriore? Dunque la questione in ultima analisi si ridurrebbe a sapere se la RIDUZIONE DELLE DONAZIONI SI POSSA ESEGUIRE COME LA RIDUZIONE DEI TESTAMENTI. Per rispondere negativamente converrebbe provare che la riserva di una donazione si possa considerare, vivente il donatore, come inalterabile dal Legislatore.

Di più converrebbe non avere sott'occhio le leggi e le autorità allegate nella Nota IV., e specialmente la l. 9. Cod. *De inoff. donat.*, che parifica la riduzione fatta nei testamenti a quella delle donazioni e per la causa e pe 'l tempo, e quindi per la quantità.

Volgendo quindi il pensiero all'interpretazione ed all'applicazione della Novella XCII., il di cui senso fu, contro il sig. Grenier, luminosamente illustrato e dottamente sostenuto nelle Conclusioni su la Causa Morando (pag. 31 a 39), ecco quello che in conseguenza mi rimane ad osservare.

Sotto due ipotesi conviene riguardare la disposizione di Giustiniano. La prima è quella, che la legge riguardante l'azione della legitima su la donazione vigente al tempo della morte sia, quanto alla misura, la stessa di quella ch'esisteva al tempo della donazione; la seconda, che sia diversa. La prima di queste ipotesi è quella che ordinariamente è contemplata da tutti i Legislatori; ma in questa ipotesi consultando la sola Novella XCII., non si decide la questione attuale nè per l'una parte, nè per l'altra. L'identità della misura nel tempo della donazione e nel tempo della riduzione non lascia luogo nè meno a pensare alle conseguenze che potrebbero aver luogo in una ipotesi contraria. Sarebbe dunque strano il voler applicare la disposizione che deriva essenzialmente dalla supposizione dell'identità al caso in cui si figura la diversità. Nella supposizione dell'identità è ben naturale che la riduzione si facia impiegando la stessa misura esistente al tempo della donazione, appunto perchè la legge vigente al tempo della riduzione è la stessa di quella che dominava al tempo della donazione.

Ma nel caso della diversità fra l'una e l'altra ne viene forse la conseguenza che la legge posteriore debba servire all'anteriore? Ecco il gran nodo della questione.

Con la identità si confonde tutto in modo, che non si può discernere se l'una legge possa servire all'altra: conviene dunque ricorrere ad un principio estrinseco e di un ordine superiore, per decidere la questione. Conviene far uso dei principj legislativi, porli in armonía con lo spirito e con le regole generali della materia di cui si tratta, e dire a sè medesimi: se lo stesso Legislatore trovasse acconcio di accrescere la quantità della legitima, ritenuto tutto il sistema della

successione e della prevalenza della legitima su le mere liberalità da lui adottato, quale sarebbe la disposizione che ne verrebbe di conseguenza? Ecco la vera ed unica ricerca che si dovrebbe proporre.

Non ho bisogno di notare che questa ricerca è fissata dalla ragione legale, ed anzi essa è uno dei cánoni più solenni della Esegetica.

Se v'ha circostanza nella quale sia necessario procedere in questa maniera, è appunto la presente. In questo senso solamente io ragiono su la Novella XCII., ben lontano dal pretendere che la disposizione espressa e isolata della medesima serva a decidere la questione o per l'una parte o per l'altra; perchè essa non contempla il concorso di due leggi, l'una delle quali succede all'altra, alterando la quantità della legitima pendente la vita del donatore.

Questa verità è stata riconosciuta da uno dei più stimabili ed illustri difensori dei donatarj. « Non potendosi (dice egli) ritrarre alcun presidio diretto » della tesi proposta dalla Novella XCII., si deve sciogliere con la scorta della » teoríe del Diritto romano nella soggetta materia, e co' i principj generali di » ragione » (1).

Ora trattando la questione co' i principj generali della materia, co' i motivi e con le premure del Legislatore, siccome da una parte si trova una riserva legislativa sopra una materia di Diritto personale e successorio, che fino da principio legò il contratto, e che segue la donazione fino alla morte del donatore; e siccome dall'altra parte questa riserva (in cui i contraenti non sono che passivi, nè prestano che obedienza) viene modificata per l'autorità stessa di chi la introdusse, prima che fra il donatario e il legitimario esistesse verun diritto irrevocabilmente quesito con la morte del donatore o con altro atto convenzionale: così, ad onta che per valutare la intrinseca validità dell'atto di donazione si consultino le leggi antecedenti e si determini il loro effetto, per iscoprire che cosa rimanga dopo la riduzione che si fa con la legge posteriore; ciò non ostante si lascia tutto il luogo all'azione della legge posteriore medesima.

Questa conclusione è confermata co' i principj generali accennati nelle Note IV. e VI.

Premesse queste generali osservazioni, passo al punto preciso del testo della mia disputa (dice il legitimario), a cui appongo questa nota dichiarativa. In due sensi puossi assumere la parola *collazione*: l'uno proprio, l'altro improprio. Il proprio è quello che viene annesso a quella operazione che fanno più coeredi, mediante la quale considerano o pongono nell'asse ereditario i beni a loro derivati dal defunto, onde dividerli secondo le leggi. Questa ha luogo tanto nelle successioni intestate, quanto nelle successioni testamentarie. L'oggetto diretto di questa operazione è propriamente la conservazione o dell'eguaglianza, o di quella misura in genere che la legge impose nella divisione.

La collazione presa in senso improprio è quella che si fa in caso di una donazione per la detrazione della legitima. Per essa con la riunione dello stato del patrimonio del donatore, considerato nei due tempi della donazione e della morte,

---

(1) *Conclusione per la Causa Morando* ec., pag. 41-42.

è riunito per finzione, si pone in cómputo anche la cosa donata; e passando indi al calcolo di proporzione della quota legitima, prima su tutto lo stato riunito del patrimonio, indi su lo stato residuale del medesimo, risultante dalla detrazione dei beni donati, si scopre se i beni residuali bastino o no a coprire la quota determinata proporzionale a tutta la sostanza, ossia a tutto il patrimonio configurato nella prima operazione. Di questa collazione impropria io voglio parlare nel testo.

Ad ogni modo però anche nella collazione propria può incontrarsi tanto la prestazione della legitima, quanto una donazione, la quale debba essere posta in massa. Ora la questione che io voglio presentare non versa su 'l modo di fare questa collazione generica, ma bensì riducesi a sapere se, incontrandosi in una divisione che si deve eseguire sotto l'impero del Codice Napoleone, in una donazione anteriore fatta ad un coerede, con qual legge si debba eseguire la collazione, cioè se usando della legge anteriore vigente al tempo della donazione, o della legge posteriore vigente al tempo dell'apertura della successione.

Tale questione è stata più volte decisa dalla Corte di Cassazione dell'Impero francese in una maniera uniforme, specialmente in quelle donazioni che non involgevano una instituzione contrattuale di erede, o qualche cosa che rassimigliasse alla medesima; come ne fanno fede le seguenti parole di Sirey. « Nombre d'arrêts de la Cour de Cassation décident que l'obligation ou la dispense de rapport est déterminée par les lois existantes À L'ÉPOQUE DE L'OUVERTURE DE LA SUCCESSION, sans égard aux lois existantes à l'époque de la DONATION, qui assura le don dont le rapport est demandé d'une part, et refusé de l'autre » (1).

Ora è vero o no che nella operazione complessiva della collazione propria vi entra anche come parte il calcolo e la detrazione della legitima? Se dunque egli è vero che la collazione si deve regolare secondo le leggi vigenti al tempo della successione anche rispetto alle donazioni anteriori, e non secondo le leggi vigenti al tempo della fatta donazione, ne viene di necessaria conseguenza che la fissazione e la detrazione della legitima dalle donazioni medesime nella divisione da farsi si dovrà eseguire applicando le leggi della successione, e non le leggi anteriori della donazione.

Questa operazione è propriamente l'effetto immediato dell'art. 843. del Codice, che si riferisce anche alle donazioni anteriori alla sua publicazione, come venne sempre inteso sì dalla prelodata Corte di Cassazione, che da altri Tribunali inferiori. E sebene piacesse di adottare l'applicazione restrittiva della Corte d'Appello di Liegi nella Causa Deheusch, decisa il 27 Febrajo 1810, ciò non ostante sarebbe sempre vero che il detto articolo si riferirebbe a donazioni anteriori, che, secondo l'anteriore Legislazione, erano soggette a collazione (2).

---

(1) *Recueil ec.* Tom. X. Part. II. pag. 261, nella Causa Deheusch.

(2) « L'art. 843. du Code Napoleon . . . . ne concerne que les donations qui étaient sujettes au rapport avant le Code Napoleon, et celles qui ont été faites depuis la promulgation de ce Code, dans laquelle la dispense de rapport n'a point été exprimée. » Sirey, loc. cit. pag. 262-263.

Ora per la mia questione, e con voi agitata in termini generali, basta anche questa restrizione per farvi sentire che una donazione fra vivi anteriore risente l'effetto della nuova legge, e soffre la detrazione della nuova legitima.

È vero che Giustiniano ha lasciato al figlio donatario la scelta di rinunziare all'eredità e di ritenere la donazione; ma questa facoltà è condizionata, e legata alla soddisfazione della legitima. Dunque se la legge nuova prevale alla abrogata, sì perchè quella dispensa non è dell'uomo, ma della sola legge; e sì perchè la donazione antecedente si considera in termini generali, con la sola riserva della legitima agli altri figli fatta ad un figlio emancipato (senza di che si risolverebbe in donazione *causa mortis*): ne viene di necessaria conseguenza, che la detta donazione è soggetta a collazione, a termini del Codice Napoleone. Dunque la detrazione della legitima dalla donazione con molto maggiore ragione si fa applicando la nuova legge, e non l'antecedente.

Nota VIII. § 698, pag. 301.

Quando parliamo delle affezioni del Legislatore, non parliamo di quelle dell'uomo, ma bensì di quelle che, secondo le eminenti vedute della ragione legislativa, animano le di lui intenzioni. Quando Solone diceva agli Ateniesi di aver loro date non le migliori leggi, ma solamente quelle che allora potevano sopportare, egli manifestava loro il desiderio di migliorare co 'l tempo certe leggi e certe instituzioni, quando le circostanze lo comportassero. Il Legislatore che si trova in questa posizione volge in mente le utili innovazioni, talchè il Legislatore che vien dopo si uniforma al voto di quello che precedette. Ora se le nuove e le vecchie leggi si possono combinare, se è palese il desiderio dell'antecedente Legislatore, cui le circostanze dei tempi non permisero a lui di effettuare; egli sarà certamente il più nobile officio dell'Esegetica quello di cogliere quell'affezione per trarre la legge antecedente alla nuova, e questa a quella. Questa topica d'interpretazione fu già notata da alcuni giureconsulti, nè abbisogna di autorità, perchè è raccomandata dalla ragione.

Nota IX. al § 712, pag. 317.

La disposizione precisa retroattiva di quella tanto famosa legge era inserita nell'articolo primo. Per esso si annullavano tutte le disposizioni *causa mortis*, l'autore delle quali era ancor vivo, o era morto il 14 Luglio 1789, o da poi. In quest'ultima parte stava la retroattività. « En France (dice Locré (1)), on n'est » contrevenu à ce principe que par la Loi du 17 Nivose, an. II., qui faisoit re» monter au 14 Juillet 1789 l'égalité absolue des partages. »

---

(1) *Esprit du Code civil, Titre préliminaire.* Partie II. à l'article 2. n.° 1.

« Encore cette loi se défendoit-elle du reproche de rétroactivité en donnant » à ses dispositions une couleur qui sembloit ne les appliquer qu'à organiser un » principe admis à l'époque à laquelle elle faisoit rémonter leur effet. »

Nota X. al § 715, pag. 320.

« Il y a deux espèces des droits acquis: les *personnels* et les *réels.* »

« Les *personnels* sont ceux qui sont attachés aux personnes, comme les droits » de cité, la capacité civile, etc. »

« Les *réels* sont ceux qui sont attachés aux biens, c'est-à-dire tous ceux qui » ont pour objet les biens meubles ou immeubles. »

« Les droits personnels, lors même qu'ils sont acquis, lors même qu'ils ont » été stipulés irrévocables, ou declarés tels par une loi expresse, peuvent être » néanmoins abolis, ou modifiés par une loi nouvelle, mais à compter seulement » de sa promulgation, et seulement pour les actes et effets postérieurs, sans que » la loi nouvelle puisse rétroagir sur ce qui a été fait en vertu de ces droits, ni » sur aucuns des effets qu'ils ont produits, sous l'empire et en vertu des dispo- » sitions de la loi ancienne. »

« Quant aux droits réels, s'ils résultent de conventions expresses, et s'ils ont » été stipulés irrévocables, ou déclarés tels par la loi existante, ce sont des » droits acquis qu'une loi nouvelle ne peut abolir, altérer, modifier, changer ni » régir en aucune manière, pas même pour les effets postérieurs à sa publi- » cation. »

« Elle ne peut les régir en aucune manière lors même qu'ils ne s'ouvrent, » qu'ils ne se réalisent et ne produisent leurs effets, que postérieurement à sa » publication. »

« Lors même qu'ils étaient soumis à des conditions qui ne s'accomplissent, » ou à des événemens incertains qui n'arrivent que sous l'empire de la loi » nouvelle. »

« Lors même qu'ils n'étaient pas accompagnés de la saisine des biens sur les- » quels ils étaient établis, et qu'ils pouvaient être altérés dans leurs effets, et » même entièrement anéantis dans leurs résultats, par des actes qu'autorisaient » les lois anciennes, et qu'autorise la loi nouvelle . . . . »

« Il y avait aussi des DROITS RÉELS qui sans conventions expresses étaient éta- » blis et acquis en vertu et par la seule autorité des lois alors existantes. »

« Mais les uns étaient fondés sur des conventions tacites, tel que le douaire » coutumier que les époux avaient évidemment eu la volonté d'établir, lorsqu'ils » n'avaient pas dérogé à la loi qui le conférait de plein droit. »

« Les autres, purement statutaires, ne pouvaient faire présumer des conven- » tions entre les parties intéressées, et même, dans certains cas, ne pouvaient » avoir été convenus par elles: tels que les exclusions coutumières qui étaient » prononcées par l'autorité de la loi contre les filles qui se mariaient, sans qu'il » fut besoin de leur consentement à ces exclusions, sans qu'elles eussent même

» le pouvoir de s'y opposer; et les douaires des enfans, qui consistaient dans une
» portion des biens du mari, laquelle était conférée de plein droit, dès l'instant
» du mariage, aux enfans qui devaient en naître. »

« Les premiers ont la même force que s'ils avaient été acquis en vertu des
» conventions expresses, et en conséquence ils restent également soumis, pour
» tous leurs effets, aux dispositions de la loi, qui était en vigueur, lorsqu'ils ont
» été acquis, sans pouvoir être aucunement atteints par les lois postérieures. »

« Les seconds n'ayant d'existence que par l'autorité des lois qui les ont éta-
» blis, ne peuvent conserver de force et de valeur qu'autant que ces lois conser-
» vent elles-mêmes de l'autorité, et la loi nouvelle qui abroge les unes, abolit
» conséquemment les autres. »

« Tels sont les principes généraux sur la matière des droits acquis, et sur
» l'effet rétroactif des lois » (1).

Da questo tratto si vede quale differenza passi fra le materie reali e le materie personali, allorchè si tratta di diritto quesito e di retroattività. Nelle prime basta che la legge anteriore dichiari irrevocabile il diritto acquistato, perchè rimanga tale a fronte della legge posteriore, senza che intervengano su d'esso atti posteriori positivi, come transazioni o cose giudicate, onde resistere alla novazione della legge stessa posteriore. Nelle seconde non basta la disposizione o la dichiarazione della legge anteriore, ma si esige un fatto convenzionale o una cosa giudicata per produrre un effetto irreformabile da una legge posteriore. Per quelle vale la disposizione di Giustiniano: « Quae etiam ad *praeterita* ne-
» gotia referri sancimus, nisi transactionibus vel judicationibus sopita sint (2). »
O, per dirlo in una maniera più generale con Gottofredo: « Lex quotiescumque
« ad praeterita negotia porrigitur, negotium jam finitum transactione vel sen-
» tentia non comprehendit » (3).

Eccovi pertanto provata la mia distinzione.

Nota XI. al § 724, pag. 331.

Al diritto di succedere appartiene essenzialmente anche quello della legittima. A chiunque non è forestiero alle discussioni nate su lo stato civile, e su le capacità ch'egli attribuisce, è manifesto che il principale oggetto è stato sempre il diritto sì attivo che passivo di successione ai beni d'un defunto. Oltre le prove già allegate nel testo, si può consultare il Locré nello *Spirito del Codice*, all'art. 10. del Codice, pag. 198, dove si parla dei figli nati in paese straniero; all'art. 11. su 'l diritto di albinaggio, pag. 201 e seg.; all'art. 20. n.° 11, pagina 261 e seguenti; e finalmente all'art. 25., su 'l quale si sono già riportati i passi nel testo.

---

(1) Chabot d'Allier, *Questions transitoires*, v. *Droits acquis*.
(2) L. unic. § ult. Cod. *De contractibus judicum*.
(3) Ad Novell. CXV, Cap. I, nota 8.

Nota XII. al § 726, pag. 332.

« Altri diritti sono meramente personali, indipendenti da convenzioni e dal » volere dei cittadini, ed aventi la loro base nella sola legge che li attribuisce » e li abroga, come crede più conducente alla publica utilità, giusta i sublimi » concepimenti della sapienza legislatrice, che presiede al comune interesse de- » gli uomini e alla politica degl' Imperj; altri sono diritti che si acquistano dai » cittadini sotto la garanzía delle leggi, con tutti que' mezzi ch'esse permettono » e sotto le forme ch' esse prescrivono pe 'l mutuo commercio delle cose, e per » tutte quelle disposizioni che sono la conseguenza del diritto di proprietà. »

« Da ciò emerge l'antica e notissima distinzione fra le leggi personali e reali, » fra quelle che sono RELATIVE ALLO STATO E ALLA CAPACITÀ DELLE PERSONE, e » quelle che regolano la disposizione dei beni. Le prime colpiscono l'uomo nello » stato in cui si trova; e siccome il cambiamento e le modificazioni delle qua- » lità personali dipendono dal potere assoluto del Legislatore, che si decide » dietro l' ordine delle cose e i bisogni della società, ed è quindi evidente che » lo stato degli uomini è sempre condizionale ed incerto per l'avvenire: non può » mai dirsi che rispetto alle nuove condizioni, imposte da tali leggi allo stato » medesimo, esse abbiano effetto retroattivo. Le seconde, che riguardano i beni, » e prescrivono i mezzi di acquistarli e di trasmetterli in forza del diritto di » proprietà, tuttochè onninamente dipenda dall' autorità legislatrice segnare il » modo di esercitarla, dal momento però che i cittadini sotto l' impero delle me- » desime lo abbiano esercitato in effetto sotto le forme prescritte, ed in quella » estensione che loro era permesso; dal momento che si parla di un diritto ac- » quistato, cioè di un diritto irrevocabile e non temporario, la legge posteriore » non può loro nè toglierlo nè diminuirlo, senza operare un effetto retroattivo. » (Conclusioni nella Causa Morando, pag. 25.)

Voi dite (prosegue il legitimario) che le leggi relative allo stato e alla capacità delle persone colpiscono l' uomo nello stato in cui si trova, nè possono temere il vizio di retroazione se non in un affare già consummato sotto l' antecedente Legislazione. Ma fra le leggi relative allo stato e alla capacità delle persone si annoverano le leggi che dispongono su le donazioni e su la legitima tanto rispetto alla capacità, quanto rispetto alle condizioni: dunque, secondo la vostra stessa teoría, ne viene che prima che l' affare della legitima fra il donatario e il legitimario sia consummato con la successione del donatore, la legge intermedia fra la donazione e la morte può innovare la quantità della legitima a carico anche del donatario, senza vizio di retroazione.

La minore del mio argomento è provata da ciò che dissi ai n.[i] XXXIII. e XXXIV. Ivi dimostrai che le leggi riguardanti i diritti civili, strettamente tali, sono tutte leggi personali, posto che i diritti civili riguardano appunto lo stato e la capacità delle persone. Ma la legge ha espressamente annoverato fra questi diritti civili la capacità di dare e di ricevere per donazione, e quello di disporre e di ricevere per successione. Essa di più ha regolato le condizioni

dell' una e dell'altra materia in conseguenza delle capacità e delle relazioni personali. Dunque è provato che le leggi su le donazioni e su la legitima furono dal Legislatore riferite, appartengono alle materie personali, e dipendono dai diritti personali.

Conchiudo adunque in generale: o voi volete riferire la materia delle donazioni fra vivi e della legitima alla ragione personale, o alla reale. Nel primo caso la vostra eccezione di retroazione non sussiste, per le cose stesse da voi confessate; nel secondo caso non sussiste nè meno, perchè si tratta d'un genere di diritti reali ch'erano sotto la pura disposizione della legge, e nella quale essa poteva operare senza vizio di retroazione, come vi ho dimostrato nelle Note VI. VII. e X., co 'l sig. Chabot d'Allier, e con le decisioni autorevoli da me citate. Prendete dunque la cosa come vi piace, e voi avete sempre torto.

Nota XIII. al § 734, pag. 342.

« Loi relative aux adoptions faites avant la publication du Titre VIII. du » Code civil. Décretée le 25 Germinal, an. XI. Promulguée le 5 Floréal sui» vant. » (Bulletin des Lois, n.° 271.)

« Art. 1. Toutes adoptions faites par actes authentiques depuis le 18 Janvier » 1792 (vieux style) jusqu'à la publication des dispositions du Code civil rela» tives à l'adoption, seront valables, quand elles n'auraient été accompagnées » d'aucune des conditions depuis imposées pour adopter et être adopté. »

« Art. 2. Pourra néanmoins celui qui aura été adopté en minorité, et qui se » trouverait aujourd'hui majeur, renoncer à l'adoption dans les trois mois qui » suivront la publication de la présente Loi. »

« La même faculté pourra être exercée par tout adopté aujourd'hui mineur, » dans les trois mois qui suivront sa majorité. »

« Dans l'un et l'autre cas la renonciation sera faite devant l'Officier de l'état » civil du domicile de l'adopté, et notifiée à l'adoptant dans un autre délai de » trois mois. »

« Art. 3. Les adoptions auxquelles l'adopté n'aura point renoncé, produiront » les effets suivants : »

« Si ces droits ont été réglés par acte ou contrat authentique, disposition en» tre vif ou à cause de mort, FAITE SANS LÉSION DE LÉGITIME D'ENFANT, transa» ction ou jugement passé en force de chose jugée, il ne sera porté aucune at» teinte auxdits acte, contrat, disposition, transaction ou jugement, lesquels » seront exécutés selon leur forme et teneur. »

« Art. 4. En l'absence ou à défaut de toute espèce d'actes authentiques, spe» cifiants ce que l'adoptant a voulu donner à l'adopté, celui-ci jouira de tous les » droits accordés par le Code civil, si, dans les six mois qui suivront la publi» cation de la présente Loi, l'adoptant ne se présente devant le Juge de Paix de » son domicile, pour y affirmer que son intention n'a pas été de conférer à l'ado» pté tous les droits de successibilité qui appartiendraient à un enfant légitime. »

« Cette faculté d'affirmer l'intention est un droit personnel à l'adoptant, et » n'appartiendra point à ses héritiers. »

« Art. 5. Dans le cas ou l'adoptant aurait fait l'affirmation énoncée dans l'ar- » ticle précédent, et dans le délai prescrit par cet article, les droits de l'adopté » seront, quant à la successibilité, limités au tiers de ceux qui auraient appar- » tenu à un enfant légitime. »

« Art. 6. S'il résultait de l'un des actes maintenus par l'article 3., que les » droits de l'adopté fussent inférieurs a ceux accordés par le Code civil, ceux-ci » pourront lui être conférés en entier par une nouvelle adoption dont l'instru- » ction aura lieu conformement aux dispositions du Code, mais sans autres con- » ditions de la part de l'adoptant que d'être sans enfant ni descendants légiti- » mes, d'avoir quinze ans de plus que l'adopté, et, si l'adoptant est marié, d'ob- » tenir le consentement de l'autre époux. »

« Art. 7. Les articles 347. 348. 349. 351. et 352. du Code civil, au titre de » l'adoption, sont, au surplus, déclarés communs a tous les individus adoptés » depuis le Décret du 18 Janvier 1792, et autres Lois y relatives. »

« Loi relative au mode de réglement de l'état et des droits des enfants natu- » rels, dont les pères et mères sont morts depuis la Loi du 12 Brumaire, an. XI., » jusqu'à la promulgation des titres du Code civil sur la paternité et la filia- » tion, et sur les successions. Décretée le 14 Floréal, an. XI. Promulguée le 24 » du même mois. » (Bulletin des Lois, n.° 278.)

« Art. 1. L'état et les droits des enfants nés hors mariage, dont les pères et » mères sont morts depuis la promulgation de la Loi du 12 Brumaire, an. XI., » jusqu'à la promulgation des titres du Code civil sur la paternité et la filiation, » et sur les successions, seront réglés de la manière prescrite par ces titres. »

« Art. 2. Néanmoins les dispositions entre vifs ou testamentaires, antérieures » à la promulgation des mêmes titres du Code civil, et dans lesquelles on aurait » fixé les droits de ces enfants naturels, seront exécutées, sauf la réduction à la » quotité disponible, aux termes du Code civil, et sauf aussi un supplément, » conformément à l'article 761. de la Loi sur les successions, dans le cas ou la » portion donnée ou léguée serait inférieure à la moitié de ce qui devrait reve- » nir à l'enfant naturel, suivant la même Loi. »

« Art. 3. Les conventions et les jugements passés en force de chose jugée, par » lesquels l'état et les droits des dits enfants naturels auraient été réglés, seront » exécutés selon leur forme et teneur. »

Nota XIV. § 738, pag. 350.

Ecco la dichiarazione generale di Giustiniano, apposta a tutti i suoi Codici, circa l'effetto che debbono avere le sue leggi.

« Leges autem nostras, quae his Codicibus, id est, *Institutionum* seu Elemen- » torum, et *Digestorum* vel Pandectarum posuimus, suum obtinere robur ex ter-

» tio nostro felicissimo sancimus Consulatu praesentis duodecimae Indictionis,
» tertio Kalendas Januarias, in omne aevum valituras, et una cum nostris *Con-*
» *stitutionibus* pollentes, et suum vigorem in judiciis ostendentes, in omnibus
» causis, sive quae postea emerserint, sive quae in judiciis adhuc pendent, nec
» eas judicialis vel amicalis forma compescuit; quae enim jam vel judiciali sen-
» tentia finita sunt, vel amicali pacto sopita, haec resuscitari nullo volumus mo-
» do. » L. 2. § 23. Cod. *De veteri Jure enucleando.*

QUESTIONI DI DIRITTO

SU

LE PREDE MARITIME.

Estratte dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* del 1812, Vol. II. pag. 59 e 212.

---

§ 739. Alle questioni riguardanti le prede maritime fu assegnato un posto in questo Giornale. Prima di discendere alle medesime, stimo acconcio di ricordare succintamente le principali e meno dubie nozioni che possono servire a sciogliere le questioni medesime.

A quattro sommi capi si possono ridurre sì fatte nozioni; cioè: 1.° al Diritto; 2.° alla competenza giudiziaria; 3.° alla procedura; 4.° all' aggiudicazione.

I. Nozioni relative al *Diritto* delle prede maritime.

§ 740. Riguardo al Diritto relativo alle prede maritime si può domandare:

1.° Che cosa s' intende co 'l nome di *preda maritima*, considerata come atto?

2.° Qual è il fondamento di Diritto, co 'l quale quest' atto viene dalla pratica canonizzato? e però quali sono le cause che possono renderlo legitimo o illegitimo?

3.° Da chi si può o non si può esercitare il diritto di predare?

4.° Contro chi si può o non si può esercitare questo diritto?

5.° Quando si può esercitare?

6.° Dove si può o non si può esercitare?

7.° Come si può o non si può esercitare?

8.° Quali sono i principj di ragione riguardanti il ricupero e il riscatto delle prede?

9.° Quali sono le regole generali di Giurisprudenza riguardanti l'applicazione dei principj di Diritto su le prede?

Riassumiamo qui ognuno di tali quesiti, e rispondiamo ad essi in conseguenza dei principj meno dubj della Giurisprudenza ora vigente presso di noi.

II. Che cosa s' intende co 'l nome di *preda maritima*, considerata come atto?

§ 741. L'atto della preda maritima, che altrimenti si può denominare *predamento maritimo* (1), considerato come puro fatto, è l'arresto o l'apprensione fatta in mare d'un vascello, d'una nave e d'ogni altro bastimento, sia ad oggetto di appropriarselo con le cose ch' esso contiene, sia solamente per impadronirsi della totalità o di una parte del suo carico (2).

III. Carattere principale del predamento, considerato in fatto e in diritto.

§ 742. La prima conseguenza che nasce da questa definizione si è, che l' *oggetto* proprio e caratteristico del *predamento* sono le COSE, e non le persone, sia che consideriate il fine, sia che consideriate l'effetto dell'atto medesimo. Per lo contrario nella battaglia navale, e nell'arresto conseguente delle navi nemiche, l' oggetto principale essendo la tutela delle ragioni dello Stato, e il fine immediato l'offesa o la difesa contro il nemico, l'apprensione di una nave in combattimento è più tosto diretta contro le persone, ossia contro la forza armata, che contro le cose.

Si può, è vero, cumulare nella battaglia anche la preda all' imprigionamento, come nella corsa spesso si unisce la zuffa e l'arresto personale al predamento; ma ciò che costituisce e qualifica l' atto è il carattere principale e predominante dell' atto stesso, sia che consideriate la natura della cosa, sia che consideriate i rapporti di diritto. Come in terra distinguete il bottino dall' imprigionamento di guerra, così pure in mare si deve distinguere il predamento dall' imprigionamento.

Questa distinzione non è inutile per l'applicazione dei regolamenti relativi a tale materia, mentre pare che l' imprigionamento di guerra debba essere regolato co' i principj strettamente militari di offesa e di

(1) Vedi il gran Dizionario dell' Alberti, Bassano 1811. Siccome nella lingua italiana la parola *preda* viene applicata tanto all'atto dell' apprensione, quanto alla cosa appresa; così, volendo indicare precisamente l' atto stesso, e definirlo, siamo costretti ad usare del vocabolo *predamento*, come indicativo dell'atto ossia del soggetto proprio della definizione.

(2) Vedi il Supplemento (*).

(*) Si legga la nota posta in fine di questo scritto. (DG)

difesa (lo che si rileva specialmente dalle regole dell'aggressione o della resa al nemico); dovechè all'opposto sembra che il predamento, considerato in un senso comune ai legni da guerra dello Stato, agli armatori e corsari, debba essere regolato con principj subordinati all'interesse dei diritti reali, e precisamente con le regole della *corsa di mare*.

L'importanza di questa distinzione si sente vie più considerando che sebene l'armatore e il corsaro, muniti di patente di corso, agiscano con autorità del Governo; ciò non ostante assumono l'impresa per proprio conto e pericolo: talchè venendo predati, o soffrendo aggressioni, danni ed avaríe, essi non sono indennizzati dallo Stato.

Da tutto ciò pertanto si rileva che i rapporti predominanti del predamento, considerato per sè stesso, sono reali e non personali, e che i rapporti personali sono subordinati e regolati dall'interesse e dal diritto su le cose tanto in ciò che riguarda l'acquisto, quanto in ciò che riguarda la tutela delle cose predate.

IV. Distinzione fra la preda totale ed assoluta, e la preda parziale e rispettiva.

§ 743. La seconda conseguenza che nasce dalla sovra recata definizione si è, che considerato il predamento relativamente all'oggetto suo materiale, esso si dee distinguere in *totale* ed *assoluto*, in *parziale* e *relativo*. Il *totale* ed *assoluto* si verifica allorchè tanto il vascello quanto il carico vengono arrestati ed appropriati: lo che nella definizione viene indicato con le parole: *ad oggetto di appropriarselo con le cose ch'esso contiene*. Ciò si verifica, per esempio, allorchè il vascello ed il carico è tutto del nemico. Il *parziale* e *relativo* si verifica allorchè non viene predato che il solo carico, o parte del medesimo, come vedesi indicato nella definizione: lo che avviene talvolta del predamento fatto sopra legni neutrali ed amici, su i quali si apprendono o cose del nemico, o merci di contrabando di guerra; nel qual caso il predamento si risolve in un arresto provisorio del vascello, il quale viene poi restituito, detratti i generi proibiti (1). Allora si verifica che, considerato il predamento riguardo al suo oggetto materiale, non è che *parziale*; considerato poi rispetto alle persone, non è che *relativo*: vale a dire, egli va

(1) Questa è la massima di Diritto publico, come si può vedere presso gli scrittori, e nei Trattati fra diverse nazioni europée. Questa massima è sanzionata dall'articolo 60. del Regolamento italiano 27 Febrajo 1806. Ivi però si trova un caso di eccezione; e questo si verifica allorchè la roba di contrabando compone i *tre quarti* del valore della totalità del carico. In questo caso il legno ed il carico sono per intiero dichiarati di buona preda.

a danno o del solo nemico, le cui robe vengono apprese, o delle persone che spedirono le cose di contrabando.

V. Qual è il fondamento di Diritto, co 'l quale il predamento viene dalla pratica canonizzato; e però quali sono le cause che possono rendere legitimo o illegitimo il predamento?

§ 744. Alla prima parte di tale quesito si risponde: che il *fondamento di Diritto*, che autorizza il predamento, è LA TUTELA DELLO STATO o de' suoi membri, in quanto importa l'esercizio della forza contro chiunque ne offende i diritti, onde reprimere le offese, o costringerlo ad un giusto risarcimento. Tutti i casi delle prede legitime cadono sotto questo principio, come si vedrà dalle risposte che si addurranno agli altri quesiti.

Il predamento maritimo pertanto, considerato come *diritto*, altro non sarà in generale che l'esercizio fatto in mare della forza publica di uno Stato o di un privato sopra navi publiche o private, diretto dai principj della tutela competente ai medesimi.

VI. Delle cause che possono rendere legitimo o illegitimo il predamento.

§ 745. Co 'l domandare quali sono le cause che possono rendere legitimo o illegitimo il predamento, avuto riguardo ai *fondamenti di diritto*, si límita la ispezione al titolo ossia alla ragione primitiva del predare, fatta astrazione da quelle circostanze estrinseche, dalle quali non per la realità, ma per ragione della prova, può in certi casi dipendere la validità o invalidità della preda.

Ristretta l'indagine a questo punto, rispondo che sarebbe sommamente desiderabile che le cause del predamento venissero tutte specificate in un modo atto a servire alla pratica; ma è troppo noto che ciò non è possibile, sia che si contemplino i casi che possono determinare l'esercizio della forza per la tutela publica e privata; sia che si riguardino i casi nei quali per diritto di *ritorsione* si può autorizzare la rappresaglia; sia il caso del blocco, e far variare i rapporti co' i popoli amici e neutrali. Se però tutti questi casi non si possono nè annoverare nè contemplare, e se per conseguenza nello stato ancora bambino della Giurisprudenza maritima si dee molte volte ricorrere ai principj della ragione naturale e politica delle genti, e il Governo dee nelle occasioni di guerra comunicare sempre nuove istruzioni (1); ciò non ostante vi

(1) Regolamento italiano 2 Novembre 1808, art. 1.

hanno alcune circostanze contemplate dai Trattati e dalle Ordinanze, dagli Statuti o Regolamenti di marina, per le quali nel contenzioso delle prede si determina per lo più se le cose apprese furono o no di buona preda.

Siccome però questi Trattati, Statuti, Ordinanze e Regolamenti emanano da un principio comune e generale, sotto il quale cadono tutti i casi anche non ispecificati, e questo principio è quello della tutela testè ricordata; così si può determinare almeno in generale che le cause e le circostanze autorizzanti il predamento stanno tutte dentro i rapporti della tutela, e però che il diritto conseguente di predare viene creato e diretto dalla forza reale delle circostanze che rendono necessario il predamento.

Per la qual cosa volendo rispondere con una formula generale alla domanda: *Quali sono le cause o i titoli autorizzanti il predamento*, diremo che = si debbono considerare come cause o titoli autorizzanti il predamento tutti quei fatti e quelle circostanze, le quali lo rendono *necessario*, sia ad oggetto di allontanare o far riparare un'offesa passata o presente, sia per prevenirne ogni altra, della quale si può ragionevolmente temere l'evento. =

Enunziato il principio in questa *generalità*, esso presenta lo stesso aspetto e gli stessi rapporti che convengono alla guerra e alle pene, con la sola differenza delle circostanze e delle relazioni maritime. E ciò a ragione, poich' è a bastanza noto e stabilito che il diritto del predamento cade sotto la sfera o del diritto di guerra, o di quello di punire, o di quello della difesa privata, che appartiene alla prima guerra degli uomini, come avremo occasione di osservare più sotto.

VII. Predominio della verità estrinseca e provata nelle relazioni maritime.

§ 746. Quì cade un' osservazione importante, della quale nei Trattati e nei Regolamenti si vede l'applicazione e l'estensione, ma che teoricamente non è stata bene avvertita, sebene da essa dipenda la differenza fra l'ipotesi del filosofo, e i dettami pratici del legislatore e del magistrato. L'uomo non potendo vedere le cose nella loro intrinseca verità, ma dovendo arrestarsi all'esteriore delle medesime, e precisamente a ciò che perviene alla di lui cognizione, è costretto, per assoluta necessità di natura, a giudicare e ad agire non dietro lo stato intrinseco, ma dietro lo stato estrinseco e verificato dei fatti e delle persone. Ma dall'altra parte dove non si vede chiaro v' è luogo a sospettare ed a te-

mere; e dove vi è luogo a sospettare e temere non v'è sicurezza. Ora se la *sicurezza* forma parte della *tutela* [1], la *certezza* o *incertezza* della qualità e dell'apparenza d'un legno incontrato in mare, del capitano padrone e dell'equipaggio che lo conducono, deve dare necessariamente occasione ad uno più che ad un altro esercizio della tutela sì in tempo di pace, che in tempo di guerra. La necessaria situazione del mare induce una essenziale differenza fra le pratiche che si possono e si debbono ivi tenere, e quelle che si debbono o si possono tenere in terra. Su 'l Continente so di camminare su 'l territorio d'una Potenza, e sotto la protezione di un dato Sovrano. In alto mare io sono abbandonato a me stesso; e quel luogo stesso che fu prima occupato da un amico, da un neutrale o da un concittadino, può essere nell'istante dopo occupato da un nemico e da un pirata. Il mare simiglia ad un deserto non difeso da alcuno, nel quale ho ragione di temere di tutto e di tutti.

Fu dunque riconosciuta la necessità, che tutti coloro i quali scorrono i mari, e che bramano d'essere guarentiti dalle Leggi e dai Trattati, recassero seco la prova tanto delle loro qualità personali publiche o private, quanto della proprietà del legno e delle cose in esso contenute; talchè la presunzione del buon diritto e la garanzía dipendessero unicamente dalla qualità dei ricapiti, ossia dai modi, onde fare estrinsecamente constare delle qualità delle cose e delle persone. Pare che in mare debba valere la regola, *che si presume nemico chiunque non è provato amico o neutrale.*

Da ciò viene, che la ragione della *necessità*, che deve sanzionare il predamento ed ogni altro atto di guerra, non si potrà desumere dalla considerazione ipotetica e filosofica dello stato reale delle cose, ma da ciò che certamente o più probabilmente consta o può constare agli uomini, fra i quali si può esercitare quest'atto. Se dunque avvenisse talvolta un conflitto di ragioni fra la verità intrinseca ed ipotetica delle cose considerate filosoficamente, e la verità estrinseca delle medesime considerate praticamente, in questo conflitto si dovranno far prevalere le ragioni della verità estrinseca, quale cioè può constare di fatto; mentre senza di ciò la *tutela* che inchiude la *sicurezza* non sarebbe mai guarentita fra gli uomini e le nazioni.

Queste considerazioni sono di tale importanza ed estensione, che mediante le medesime non solamente si dà ragione di molte disposizioni dei Trattati e dei Regolamenti vigenti, ma eziandío si sciolgono

---

(1) *Genesi del Diritto penale*, Appendice al § 185, ossia al Capo XIII. della Parte I.

molti casi nuovi non contemplati dai medesimi, senza violare l'unità del principio di ragione, cioè la *tutela*, che predomina tutta la materia delle prede; ed anzi applicando il principio medesimo, come ci verrà fatto in progresso di dimostrare.

VIII. In mancanza di prove convenute, o nella discrepanza delle medesime fra le nazioni, come si può supplire?

§ 747. Postochè dalla prova emerge il diritto, può nascere la seguente questione. Nel caso che due o più Potenze non abbiano fissato il medesimo complesso di prove per accertare della qualità delle persone, delle cose e delle azioni, a qual genere di prove dovrassi attenere il giudice del predamento, per giudicare della legitimità o illegitimità di una preda fatta?

Prima dell'esposizione di tutti i principj di Diritto su le prede marittime, io non credo che si possa sciogliere con sicurezza nè questa nè verun'altra questione. Io mi restringerò soltanto ad accennare ch'esistono principj di ragione naturale, dai quali derivano i cánoni della credibilità. Essi sono di una tale solidità ed estensione, che, malgrado ogni discrepanza di forme, possono condurre alla morale certezza, ossia alla massima probabilità negli affari sì publici che privati. E però come nel Diritto civile, politico e delle genti, in mancanza di disposizioni positive, si deve ricorrere ai principj del Diritto naturale; così pure in materia di prove, in mancanza di forme adottate o nella discrepanza delle medesime, si deve ricorrere ai cánoni della buona critica naturale, ossia dell'arte di verificare i fatti, della quale abbiamo tanti esempj e così poche teoríe.

IX. Da chi si può o non si può esercitare il diritto di predare?

§ 748. Risposta. Si può esercitare da quelle persone, le quali per tutelare le proprie ragioni hanno diritto di farsi giustizia da sè medesime. Non si può esercitare da quelle che non hanno questo diritto.

Con le instituzioni delle società civili essendo cessato il diritto della *privata violenza*, ed essendo stato posto nel Governo il diritto di far giustizia tra concittadino e concittadino, fu pure tolto ad ogn'individuo dello Stato l'offendere o il rivendicare per propria autorità un preteso diritto contro lo straniero sì in terra che in mare; e molto più la facoltà di aggredire un altro popolo anche per un torto ricevuto dal suo Governo. — Per lo contrario questo potere per universale diritto essendo stato riposto nella publica autorità sì per l'interno che per l'esterno,

e ciò anche per la ragione di far cessare e di prevenire uno stato di guerra perpetua, ne viene che il *pieno diritto* di predare in mare compete esclusivamente ad ogni popolo considerato come persona morale e vivente in istato di naturale eguaglianza ed indipendenza verso ogni altro popolo, il quale nel suo interno, mediante il proprio Governo, dirige le azioni e giudica le differenze che nascono nel suo seno; ed all'esterno fa darsi ragione, anche con l'esercizio della forza, di ogni danno ed offesa lesiva del Diritto sì publico che privato. Così nello Stato si riunisce il carattere di giudice del proprio diritto, e di vendicatore del medesimo. Tal è la forza dei rapporti di persona morale dello Stato, che viene rassimigliato all'uomo nello stato di naturale indipendenza. Così il privato, considerato come membro dello Stato medesimo, riconosce nel proprio Governo un moderatore e regolatore al di dentro, ed un protettore e difensore al di fuori.

Siccome però, malgrado che nel Governo risieda l'esercizio della giustizia fra i concittadini, ciò non ostante nel privato rimane sempre il diritto della *necessaria* difesa in caso di aggressione (1); così pure in mare rimane questo diritto al privato per lo stesso titolo, e il predamento è autorizzato (2).

Per la qual cosa considerando il diritto di predare rispetto alle persone che lo esercitano, dovremo rispondere che questo diritto appartiene: 1.° alla forza armata dello Stato; 2.° ai privati che ne ottennero la facoltà dal Governo; 3.° ai privati, che d'altronde autorizzati a navigare, si trovano in necessità di arrestare un legno aggressore per propria difesa (3).

Siccome però nella materia delle prede la prova fa diritto, così i condottieri di legni debbono essere muniti dei ricapiti convenienti, onde far constare della loro qualità.

Pe' i legni dello Stato il Governo provede in varie maniere, secondochè la custodia delle coste o del mare territoriale, o le commissioni per l'alto mare richieggono.

Pe' i legni armati dei particolari in corso si provede principalmente con le *Patenti di corso* (4), e con altri ricapiti, secondo la circostanza. Il corsale si considera allora come un legitimo predatore.

---

(1) Vedi la *Genesi del Diritto penale*, § 351-352. *Codice dei delitti e delle pene*, art. 327. e seg.

(2) Vedi l'art. 34. del Decreto di Governo dell'Impero francese del 2 Pratile, anno XI.

(3) Vedi il citato art. 34. del Decreto di Governo del 2 Pratile, anno XI.

(4) Veggasi la modula relativa nel Supplemento. — (Vedi la nota in fine di questo scritto.)

Finalmente per altri legni che viaggiano per commercio si provede co' i passaporti, co' i congedi di mare [1], con le polize di carico, e co'i manifesti che dall'uso furono placitati e riconosciuti fra le nazioni [2].

X. Da chi non si può esercitare il diritto di predare?

§ 749. Ogni persona non autorizzata, come sopra, la quale si permetta d'usare della forza in mare contro chi che sia, è considerata come i masnadieri di terra, e porta il nome di *pirata* [3]. Essa può da ognuno essere arrestata e punita, come nemico comune dei Governi e dei privati. Il predamento del suo legno è dichiarato legitimo in qualunque luogo venga fatto [4].

Il legno privato, autorizzato a navigare per commercio o trasporto, che senza necessità di difesa assale altri legni, commette un atto di pirateria; come se un viaggiatore di terra, munito di passaporti, assaltasse alla strada, commette il delitto di aggressione [5].

XI. Contro chi si può esercitare o non esercitare questo diritto?

§ 750. Prima di rispondere con particolari enumerazioni a questo quesito, forse il più esteso di tutti nella materia delle prede, è necessario premettere alcuni principj.

Posto che il diritto di predare è per sè stesso di *Diritto publico*, ed appartiene al diritto di tutela che si esercita con la forza, lo che si riporta in ultima analisi al diritto della guerra (n.° V.); ragion vuole ch' esso venga diretto co' i principj *generali* dell'amministrazione della guerra, i quali per massima *generale* non possono essere diversi in terra ed in mare.

Ciò posto, io osservo che se fuvvi un tempo nel quale la guerra si faceva al popolo, e non alle armate; e però lo spoglio si esercitava sopra le proprietà particolari, come sopra quelle della nazione, d'onde derivavano quelle guerre atroci e personali, le quali non finivansi che con l'intiera distruzione di uno dei due popoli belligeranti; la cosa non deve più andare così in oggi, che fra le nazioni incivilite fu riconosciuto che non si possono esercitare ostilità che da Governo a Governo, e che per

---

(1) Vedi il citato art. 34. del Decreto 2 Pratile, anno XI.

(2) Veggansi le Module nel Supplem. (*a*)

(3) Vedi il Supplemento (*b*).

(4) Regolamento italiano 27 Febrajo 1806, art. 27. Ordinanza della marina di Francia del 1681, art. IV. Decreto consolare 2 Pratile, anno XI. art. 51.

(5) Decreto governativo dell'Impero francese 2 Pratile, anno XI. art. 34.

(*a*) (*b*) Veggasi la nota in fine di questo scritto. (DG)

conseguenza quanto al personale non si possono trattare come nemici che coloro i quali sono armati contro di noi per ordine o con l'autorizzazione del Governo. Tale certamente fu il voto di celebri scrittori; tale la massima e i tentativi spiegati da un'Assembléa legislativa della Francia [1]; e tal è il principio solennemente proclamato e difeso dal Decreto Imperiale 21 Novembre 1806. « Le droit de la guerre (ivi dicesi) est un et le même sur la terre que sur mer: il ne peut s'étendre » ni aux propriétés privées quelles qu'elles soient, ni à la personne des » individus étrangers à la profession des armes. »

Posta dunque tale massima, professata solennemente in faccia alle nazioni, ne viene presso di noi che non si potrà esercitare il diritto di predare contro le private proprietà, e le ostilità contro le persone private, che in forza del diritto di *ritorsione* [2], e non mai per diritto ordinario e primitivo; talchè se gli altri popoli, co' i quali accadesse di aver guerra, dichiarassero la stessa massima, si dovrebbe per regola generale escludere dal catalogo dei legni di buona preda i legni privati del popolo nemico, che viaggiano per causa d'innocente commercio, assoggettandosi a quelle sole restrizioni ordinarie, che derivano dal blocco, dal contrabando di guerra, e in generale dalle massime ordinarie di ragione, che dirigono le ostilità su 'l Continente.

XII. Del diritto di blocco.

§ 751. E posto che il diritto di blocco può indurre una differenza di diritto riguardo alle prede, è necessario osservare, *que le droit de blocus doit être restreient aux places fortes réellement investies par des forces suffisantes* [3]. Il blocco pertanto risulta da tre requisiti simultanei. Il primo, che la piazza che si pretende bloccata sia *una piazza forte;* il secondo, che sia realmente investita *con la presenza d'una forza armata;* il terzo, che quest' armata *sia sufficiente a stringere il blocco medesimo.*

Posti questi requisiti, ne viene in primo luogo che una piazza che non merita il nome di *piazza forte*, ed ogni altro luogo del litorale, al quale non si può applicare questa denominazione, non si potrà conside-

---

(1) Vedi Merlin, *Répertoire*, v. *Prise maritime*, § 1.

(2) « Il est de droit naturel d'opposer à » l'ennemi les armes dont il se sert, et de le » combattre de la même manière qu'il com» bat, lorsqu'il méconnait toutes les idées de » justice, et tous les sentimens libéraux ré» sultants de la civilisation parmi les hom» mes. » Décret Impérial 21 Novembre 1806. Esso viene riportato per intiero nel Supplemento. (*Vedi la nota in fine di questo scritto.*)

(3) Decreto Imperiale 21 Novembre 1806.

rare in Diritto come *soggetto di blocco*, e però non si potrà far uso del diritto che appartiene al blocco. Per lo che non saranno soggetti di blocco legitimo le città e i porti di commercio non fortificati, i semplici porti aperti (*havres*), le imboccature dei fiumi, ec. (1).

In secondo luogo, che non si può dire *bloccata* una piazza, avanti la quale non esistono legni da guerra nemici, che impediscano le comunicazioni (2).

In terzo luogo, che non si può dire che una piazza sia *bloccata*, quando essa non sia investita e circondata da tali forze, che la comunicazione con essa o l'avvicinamento non si possa praticare senza incorrere in un *imminente pericolo* (3).

Fissati così i caratteri del *blocco*, rimane a vedere quali sieno le regole di diritto per esercitare il predamento in relazione al quesito proposto. Queste regole si riducono ad una sola. = Sono di buona preda tutti i legni, senza distinzione di amici, nemici o neutrali, i quali tentano di portare soccorso o di aver comunicazione con la piazza bloccata = (4).

I legni pescherecci, che si trovano dentro la sfera del blocco, pare che sieno di buona preda per parte della Potenza assediante, postochè tendono co 'l prodotto della pesca a recar soccorso di viveri alla piazza bloccata, e possono favorire d'altronde mire contrarie all'assedio.

Questa osservazione parmi necessaria, dopo che i legni pescherecci privati furono, per una specie di convenzione tacita fra tutte le nazioni europée (5), riguardati con ispeciale favore, anche a fronte della massima abusiva di trattare come nemici i semplici legni di commercio, di ragione privata di mercanti nemici: in conseguenza di che fu ingiunto

---

(1) Decreto Imperiale 21 Novembre 1806.

(2) Detto Decreto.

(3) Detto Decreto. Questi caratteri sono conformi alla nozione del *blocco* stabilita nel Regolamento su la neutralità armata, publicato dalla Russia nel 1780, a cui accedettero le altre Potenze maritime dell'Europa, e ripetuta con la convenzione del Giugno 1801; al Trattato fra la Spagna e l'Imperatore di Germania del 1725; a quello fra la Republica francese e gli Stati-Uniti d'America del 30 Settembre 1800, come più ampiamente si vedrà nel Supplemento (*vedi la nota in fine di questo scritto*). Solamente qui, a maggiore specificazione della frase *pericolo imminente*, fu da qualche Trattato espresso, che il porto sia talmente chiuso da due o più vascelli da guerra, o che la piazza sia talmente incomodata da una batteria del nemico, che non se ne possa tentare l'entrata senza esporsi evidentemente al fuoco degli assedianti.

(4) Regolamento italiano del 27 Feb. 1806, art. 60. Regolam. franc. 25 Luglio 1778, art. 1.

NB. Questo Regolamento fu richiamato in osservanza co 'l Decreto governativo 29 Frimale, anno VIII.

(5) Vedi Merlin, *Répertoire*, v. *Prise maritime*, § 3, art. 1, n.° 3.

ai corsari nazionali di rispettare i pescatori nemici al pari dei legni neutrali, secondo gli ordini del Governo (1).

XIII. Dei legni pescherecci.

§ 752. E postochè, al proposito della ricerca contro chi si possa o non si possa esercitare il diritto di predare, cade il discorso su i legni pescherecci della nazione nemica; conviene osservare che tanto per diritto generale, quanto per uso o diritto convenzionale, fuori del caso del blocco sovra espresso, non vengono considerati soggetti a preda legitima. Dico *per principio generale di ragione;* imperocchè, posta la massima proclamata in tesi generale dal citato Decreto Imperiale, che la guerra di mare debba essere diretta con gli stessi principj di quella di terra; che i legni dei privati del popolo nemico, navigando per semplice commercio, e non presentando nulla di offensivo, debbano essere esenti dalla conquista, che non può applicarsi che alle proprietà dello Stato: ne viene con più forte ragione che « debba meritare un riguardo » generale quella classe d'uomini, il di cui penoso e poco lucroso lavoro » viene ordinariamente esercitato da mani deboli o invecchiate in un » modo totalmente estraneo alle operazioni della guerra » (2). Ho detto poi che nè meno per uso o diritto convenzionale i legni pescherecci possono essere considerati come soggetti a preda legitima, per le ragioni già addotte nel numero antecedente. Se dunque accade loro questa disgrazia, essa non si potrà ragionevolmente giustificare che in forza di rappresaglia provocata dalla violazione di un'altra Potenza contro la nostra; al che sembra alludere il citato articolo 22. del Regolamento italiano 27 Febrajo 1806.

Ad ogni modo però in qualunque sistema, fuori del caso del blocco e della rappresaglia, non sembra che l'assoluta neutralità o libertà dei legni pescherecci sia perfettamente guarentita se non con le seguenti condizioni; cioè:

1.° Che non abbiano armi capaci di offendere altre navi che per avventura possano incontrare.

2.° Che non contengano un equipaggio più numeroso di quanto esige la pesca e la direzione del legno.

3.° Che siano autorizzati a pescare nei luoghi ne' quali si trovano.

---

(1) Regolamento italiano 27 Febrajo 1806, art. 22.

(2) Parole del sig. Duffaut, Procuratore Imperiale, presso il Consiglio delle prede, nelle sue Conclusioni del 9 Termidoro, anno IX., nella Causa fra il legno corsale *la Carmagnola*, e il battello portoghese di *Nostra Signora de la Piedad y animas.*

Queste condizioni, è vero, non sono fissate da precisi Regolamenti; ma esse sono determinate dalla ragione e dall' autorità delle decisioni (1).

XIV. Dei legni neutrali. Idéa della neutralità.

§ 753. La nozione della *neutralità* involge nel suo concetto per lo meno una doppia relazione della stessa persona o fisica o morale fra due diversi contendenti. Nel comune modo d' intendere chiunque si astiene dal prender parte nella contesa insorta fra due o più parti dicesi *rimanere neutrale*. Ma questo contegno puramente negativo basta forse a somministrare l' idéa pratica completa della neutralità fra le nazioni? La neutralità è tutta relativa alla contesa nata fra due estranei; essa per conseguenza non toglie le comunicazioni pacifiche che i due litiganti possono avere co 'l terzo indifferente: dunque può avvenire che ambidue i litiganti si trovino presso questo terzo. Dovendo essi rispettare lo Stato del neutrale, il neutrale deve dal canto suo non solamente astenersi dal favorire ogni offesa fra gli ospiti nemici, ma deve in casa propria, per quanto è da sè, proteggere anche con la forza lo stato pacifico, e prevenire ogni scoppio di scambievoli offese. Dunque è chiaro che in casa propria la neutralità importa eziandío il dovere pratico della protezione e della prevenzione da ogni offesa, e quindi importa l'esercizio dell'autorità e della forza per mantenere uno stato di pace e di sicurezza fra l'uno e l'altro dei litiganti, e fra essi e gli altri neutrali, e finalmente fra tutti questi e i proprj sudditi. Oltre a ciò, il popolo neutrale ritiene la propria sovranità al di dentro, la propria indipendenza e le relazioni commerciali al di fuori.

Applicando pertanto queste vedute alle nazioni, e volendo far uso d'un concetto veramente pratico, vale a dire d' una nozione esprimente i caratteri essenziali della *neutralità*, come norma direttrice delle operazioni di un popolo, dovremo conchiudere che co 'l nome di *neutralità d' un popolo* si deve intendere = quello stato, pe 'l quale un popolo nelle sue relazioni estere si astiene dal prender parte e dal somministrar mezzi alle ostilità fra due o più Potenze belligeranti; e dentro il proprio territorio mantiene egualmente fra tutti e verso tutti un contegno pacifico e preventivo di reciproche offese, salva sempre la sua indipendenza e le sue relazioni imparziali al di fuori, e la sua sovranità nel

---

(1) Un esempio si rileva dalla Causa su citata, che si può vedere nel Repertorio del sig. Merlin, v. *Prise maritime*, § 3. artic. 1. n.° 3. Vedi l'Ordinanza franc. del 1681, ibid.

proprio territorio. = Questa idéa di *neutralità* abbraccia nel suo concetto tanto le relazioni di terra, che quelle di mare.

XV. Osservazione su la nozione antecedente della *neutralità*.

§ 754. Nella prima parte di questa definizione ho usata la frase di *relazioni estere*, più tosto che quella di *fuori del suo territorio*. Con ciò ho voluto comprendere l'esercizio completo della neutralità in tutta la sua estensione. Di fatto essa importa che non solamente una Potenza non si armi più tosto per una che per un'altra parte, nè eserciti al di fuori atti ostili, o ch'esca dal proprio territorio a recar soccorsi di guerra; ma che eziandío non permetta che dal suo territorio escano cagioni offensive delle Potenze belligeranti. Di fatto anche nel proprio territorio si possono eseguire o permettere operazioni le quali offendano le altre Potenze, senza che si verifichi la violazione immediata e diretta dell'asilo fra le persone che si sono ricevute. Tale sarebbe il caso in cui una Potenza neutrale scientemente tolerasse che nel proprio Stato si tramasse una ribellione, o si facessero preparativi o provigioni ostili contro la Potenza vicina, verso la quale professa la neutralità. D'onde si può rilevare che sotto la frase di *somministrar mezzi* si comprende anche la toleranza accordata alle Potenze belligeranti o ai loro Agenti di approfittare della neutralità, onde offendersi scambievolmente. Nella seconda parte poi ho voluto specialmente indicare un dovere attivo del neutrale, il quale non può aver luogo che dentro il proprio territorio.

Niuna Potenza neutrale è tenuta a far correre le proprie milizie fuori del suo paese per interporsi nei combattimenti e farli cessare; ma è tenuta bensì nel proprio territorio a reprimere ed a prevenire ogni scoppio di reciproca ostilità: e ciò pe 'l diritto di sovranità, il quale inchiude anche quello della tutela e della sicurezza che la Potenza neutrale deve mantenere in casa sua, e che le Potenze belligeranti hanno diritto ad ottenere presso di lei, in correspettività della loro astinenza da ogni reciproca offesa.

Oltre a ciò, nel territorio continentale o maritimo d'un popolo neutrale possono concorrere sudditi o agenti d'altre Potenze parimente neutrali, ai quali se lo Stato deve la stessa tutela e sicurezza, egli ha pur diritto di esigere da essi tutti i riguardi di pace e di buon ordine dovuti all'ospitalità.

Finalmente la Potenza neutrale essendo per sè stessa indipendente e sovrana, ha pur diritto che da chiunque venga rispettato il proprio Stato e i sudditi che vi abitano; ed anzi essa è tenuta a proteggerli con

tutte le sue forze. Dunque essa ha ragione non solamente di mantenere in casa sua la pace fra gli ospiti suoi, ma eziandío d'impedire che questi rechino offesa allo Stato o a' suoi membri; e in caso che l'offesa avvenga, ch'essa sia riparata. Ecco perchè si è detto che dentro il proprio territorio *mantenga* egualmente fra tutti e verso tutti un contegno pacifico e preventivo di reciproche offese, più tosto che dire *mantenga* fra gli agenti o i sudditi delle Potenze belligeranti, che si trovano nel proprio territorio, un contegno pacifico.

Raccogliendo tutti i caratteri della *neutralità*, si trova che il fondamento universale, che sta sotto a tutte le qualità, è l'*indipendenza* e la *pace* del popolo neutrale con tutti e verso tutti; e quindi il diritto alle comunicazioni e al commercio con tutti in una guisa imparziale ed innocua allo stato di guerra in cui due o più Potenze si trovassero fra loro. Ecco la ragione dell' ultima riserva posta nella definizione.

XVI. Osservazioni particolari su la neutralità marittima.

§ 755. Al lume di queste premesse s'índica a bastanza quali sieno i rispettivi diritti e doveri fondamentali della neutralità d'uno Stato verso chiunque; e però non sarà difficile determinare ciò ch'è di ragione nei casi occorrenti in materia di prede marittime. Conviene per altro osservare che questi sono considerati nella loro intrinseca entità, e in una vista comune alle relazioni sì continentali che marittime. Ora conviene compiere il quadro specifico della neutralità marittima.

Fu osservato che la neutralità è un correlativo della guerra fra terzi (n.° XIV.); che lo stato di guerra importa l'impiego di tutti i mezzi escludenti tanto le offese, quanto il timore o il sospetto delle medesime (n.ⁱ V. VI.); che la condizione necessaria delle cose, specialmente in mare, esige prove esterne, e il più ch'è possibile accertate, onde escludere qualunque motivo di sospettare offese dai legni che s'incontrano (n.° VII).

Dunque, in forza delle relazioni necessarie delle cose e del Diritto delle genti, ne viene che un popolo non potrà esigere che fuori del suo territorio venga riconosciuta e rispettata la sua neutralità, e quindi le cose e le persone, se non esibisce le prove sufficienti che i legni che per suo conto o per quello de' suoi sudditi scorrono il mare, sieno muniti delle qualità proprie alla neutralità ch' egli professa.

Non basta dunque fuori del territorio la sola esistenza della *neutralità*, ma è necessaria eziandío la *prova* della medesima, onde goderne la *garanzia*, ed esercitarne e rivendicarne i correlativi diritti.

La prova della *neutralità* risulta dai passaporti, dalle polize di carico, fatture, ed altre carte di bordo firmate ed autentiche (1), trovate solamente a bordo del vascello incontrato, senza riguardo a quelle che si producessero da poi (2).

XVII. Osservazioni generali su 'l diritto e dovere della rispettiva RICOGNIZIONE in mare.

§ 756. Da ciò nasce il diritto e il rispettivo dovere presso tutte le nazioni di *riconoscersi* a vicenda in alto mare, onde verificare la rispettiva loro qualità, e distinguere il pirata dal corsale, il pacifico mercante dal legno armato, l'amico dal nemico, il neutrale dagli uni e dagli altri. E però fra i naviganti ne deriva il reciproco diritto e dovere di ottenere e di prestarsi alla *scambievole ricognizione*, e di giustificare la propria qualità mediante i metodi stabiliti dall'uso e spiegati dai Regolamenti.

A ciò serve la chiamata all'obedienza (*semonce*), che vien fatta dai vascelli dello Stato o dai corsali legitimi (3), alla quale sì i sudditi che gli stranieri si debbono prestare senza distinzione, e dalla quale non si possono sottrarre senza violare il diritto e il dovere della necessaria tutela che compete ad ogni popolo (n°. VII).

Questa operazione non può essere tentata che dai vascelli dello Stato o da quelli dei sudditi armati in guerra (4), e non mai (come spiega un moderno commentatore dell'Ordinanza 1681 della marina francese) da un legno mercantile, sì perchè il diritto della tutela publica non può essere esercitato che dallo Stato o dalle persone che ne ottennero da lui la facoltà, e sì perchè (come aggiunge lo stesso commentatore) « i » vascelli mercantili non avendo alcun diritto offensivo di corsa su i » vascelli nemici, nè quello d'impadronirsene, non hanno perciò nè » meno il diritto di chiamare all'obedienza le navi che incontrano, per » riconoscerle e visitarle. » All'operazione della chiamata all'obedienza corrisponde quella di fermarsi ammainando le vele (5), e di lasciarsi avvicinare per soffrire la visita delle carte e della nave (6).

---

(1) Regolamento italiano 27 Febrajo 1806, art. 50. Regolamento francese 1778, 26 Luglio, art. 2.

(2) Regolamento italiano 27 Febrajo 1806, art. 59. Regolamento francese 1778, art. 11.

(3) A questa si riferisce l'art. 62. del Regolamento italiano 27 Febrajo 1806, corrispondente all'art. 57. del Regolamento francese 2 Pratile, anno XI.; e l'uno e l'altro corrispondenti all'art. 12. Lib. III. Tit. IX. dell'Ordinanza 1681 su la marina francese.

(4) Vedi il citato art. 12. dell'Ordinanza francese del 1681.

(5) Art. 62. del Regolamento italiano 27 Febrajo 1806. Art. 57. del Regolamento francese 2 Pratile, anno XI.

(6) « Après que la semonce a été faite à la » voix ou par un coup de canon tiré à pou-

Siccome però il popolo neutrale non lascia d'essere *indipendente*, nè d'aver diritto a tutti i riguardi dovuti al suo stato di neutralità; così se dalla ricognizione non risulta veruna violazione della neutralità, sia in forza dei Trattati, sia in forza dei principj di ragione del Diritto delle genti, egli ha un assoluto diritto di non essere costretto a verun atto ultroneo, e quindi di proseguire liberamente il suo cammino. Per la qual cosa se il vascello che lo chiamò all'obedienza pretendesse di trascendere questi confini, il vascello neutrale ha diritto, per difendere la sua indipendenza, di opporre la forza alla forza; e in ogni caso che soccomba, sì esso che il Governo da cui dipende hanno ragione di pretendere dal Governo a cui appartiene il legno, o che autorizzò l'armatore ed il corsaro a correre i mari, la riparazione della violenza commessa.

XVIII. Eccezione di massima.

§ 757. Ma se per avventura un dato Governo dichiarasse publicamente un sistema di violazione dei riguardi dovuti alla neutralità, sarebbero forse tenuti i legni neutrali di prestarsi alla ricognizione e alla visita di costume fra quelle nazioni le quali professano il dovuto rispetto al Diritto delle genti? Si risponde di no. Imperocchè, posta questa precedente dichiarazione, si dovrebbero riguardare tutti i legni armati, che escono da' suoi porti, come altretanti emissarj determinati ad usare violenza; e però l'atto della chiamata all'obedienza sarebbe realmente un principio d'esecuzione di un attentato alla indipendenza e libertà del popolo neutrale: nella stessa maniera che l'avvicinamento d'uomo armato che si dichiarò di voler affrontare un terzo, si dovrebbe riguardare come un principio di esecuzione dell'assassinio. La dichiarazione precedente lesiva del diritto d'un popolo, susseguita dall'armamento e dalla uscita de' suoi legni armati, si risolve realmente in una dichiarazione d'offesa ingiusta; e però il popolo, che vede spiegato l'attentato ingiusto contro di sè, è in diritto e in dovere di difendersi per quanto può contro l'attentato, in conseguenza di non permettere o soffrire verun atto che possa agevolarne la consumazione. Allora ha diritto anche di escludere da' suoi porti coloro che si professarono di offendere la sua indipendenza, come si ha diritto di escludere dalla propria casa lo straniero che

---

» dre sous pavillon du Roi, le capitaine du » navire qu'elle regarde, qu'il soit ami, allié, » neutre ou francais, doit amener ses voiles, » et se laisser approcher pour souffrir la vi- » site de son navire et de ses papiers; et si » après cette visite et cet examen il ne reste » aucun soupçon sur son navire et sur son » chargement, il doit être rélaché. » Comment. all'art. 12. Lib. III. Tit. IX. dell'Ordinanza francese del 1681.

ne volesse usurpare il dominio; allora ha diritto d'armare e di far iscortare i proprj vascelli per difendere la libertà del proprio commercio, fino ad usare della forza in alto mare contro tutti i legni della nazione soverchiatrice, quando tentassero di usare della loro pretesa; e però di ricusare dal prestarsi o alla ricognizione, o a visita alcuna.

Tutto è correspettivo ed eguale fra le nazioni; e se per la tutela comune fu autorizzata la reciproca ricognizione ed anche la visita, salvo nel resto il rispetto alla neutralità, con ciò non si derogò alla rispettiva indipendenza ed eguaglianza, poichè quest'atto viene praticato e sofferto a vicenda per un comune interesse. Per lo contrario, allorchè quest'atto tende manifestamente ed espressamente a violare l'eguaglianza e i diritti proprj di un popolo, e forma parte integrante di questa violazione, cessa d'essere legitimo, ed anzi diviene un'offesa che ogni nazione ha diritto e dovere di respingere per la conservazione del proprio interesse e delle proprie ragioni (1).

Queste considerazioni sono indipendenti dallo stato di guerra o di pace in cui la nazione prepotente si può trovare rispetto ad una terza; mentre essendo totalmente relativa al trattamento ch' essa usa a quella che dicesi neutrale, esso riesce sempre ingiurioso sì nell' uno che nell' altro stato, poichè senza una vera necessità, e quindi senz'alcuna ragione, offende l'eguaglianza, l'indipendenza e gl'interessi d'una nazione, la quale non pretende da lei che pace e libertà innocente sì dentro che fuori del suo territorio.

XIX. Continuazione. Osservazioni speciali allo stato di guerra.

§ 758. Io non nego che in tempo di guerra fra due Potenze belligeranti non debbano crescere i riguardi nel popolo neutrale, onde mantenere una imparzialità assoluta; e ciò specialmente se esistano Trattati ossia Convenzioni precedenti su questo proposito: ma è vero altresì che un popolo neutrale non diventa servo di un altro popolo pe 'l solo motivo che questi ha guerra con un terzo.

Per lo contrario il neutrale conserva la propria indipendenza, e il diritto della libertà dei mari e delle comunicazioni e del commercio con chi che sia, sì dentro che fuori del proprio territorio; dimodochè (eccettuati gli atti co' i quali il neutrale prendesse parte nella contesa dei belligeranti, o violasse una precedente convenzione di limitarsi ad un dato genere di commercio) esso ha ragione d'usare di tutti i diritti e di

(1) In appoggio di questa dottrina veggasi il Decreto Imperiale 17 Dicembre 1807.

tutte le vie di fatto testè mentovate, senza che si possa accusare giammai di violare la neutralità. La neutralità non consiste nel farsi servo di un belligerante, ma nel non offenderlo o per sè stesso, o con l'unirsi al suo nemico. Quella che dicesi *neutralità armata* racchiude nel suo concetto il diritto d'usare fino della forza contro chiunque ardisse di attentare alla propria indipendenza interna ed esterna, alla libertà del proprio commercio innocuo, e a tutti i diritti d'una nazione sovrana. Resistere alla violenza non è dichiarare una guerra; ma equivale alla dichiarazione di mantenersi in possesso dei proprj diritti, senza pretendere altra cosa che quella di non essere molestato.

XX. Quali sono i requisiti che si debbono verificare, onde poter affermare o negare la neutralità, e quindi vietare o autorizzare il predamento?

§ 759. Premesse queste considerazioni, e ritenuto il principio che non si viola la neutralità se non coll'unirsi nell'offesa al nemico d'una delle Potenze belligeranti, rimane la questione: *quali sieno gli atti pe' i quali si possa affermare che un popolo si unisca ad una Potenza belligerante.*

Varie sono le maniere con le quali ciò può avvenire sì dentro che fuori del proprio territorio. Un popolo neutrale si può unire o con reali soccorsi, o con atti di favore, di connivenza o di toleranza ad una delle Potenze belligeranti, e violare la neutralità (n.° XV.); ma l'oggetto del mio discorso essendo le *prede*, così mi limiterò solamente a que' modi ai quali si può riferire direttamente la materia stessa delle prede.

1.° La *nave*, 2.° l'*equipaggio*, 3.° il *carico*, 4.° la *direzione*, 5.° il *modo di agire*; ecco gli oggetti diretti e principali, su i quali può cadere l'ispezione in relazione all'osservanza o alla violazione della neutralità della navigazione, e quindi il torto o la ragione del predamento.

Siccome però tutte queste cose debbono essere legitimate dalla publica autorità, senza di che non si può esercitare verun positivo diritto (n.° XVI.); così prima di tutto sorge l'ispezione per autorità di chi e sotto quale bandiera navighi un dato vascello; e però se esso navighi per autorità e con la bandiera della Potenza neutrale, o no. Sotto la denominazione pertanto di *nave neutrale* o *non-neutrale* non si comprende l'edifizio materiale costruito in paese neutrale, ma precipuamente si vuole indicare a chi esso appartenga, ossia meglio a chi consti ch'esso appartenga; non altrimenti che parlando di una casa, e volendo sapere se sia o no dell'amico o del nemico, si ha principalmente relazione al proprietario noto e dimostrato della medesima.

E siccome si può propriamente figurare che una nave sia una casa mobile, entro la quale un dato uomo o una data società comanda o per conto proprio o per conto altrui; così allorchè essa è riconosciuta neutrale, dev'essere in faccia a chiunque un asilo inviolabile, e come se formasse parte del territorio della stessa Potenza neutrale. Da ciò naque il celebre principio, che *la bandiera copre la mercanzía.*

Questo principio, presso di noi sanzionato dalla suprema autorità del Monarca, che rimprovera come *infame il principio contrario* (1), forma massima fondamentale di ragion publica delle genti; e per conseguenza ogni modificazione ragionevole non si può riguardare che come una mera *eccezione* indotta o da Trattati speciali, o dal diritto di *ritorsione.* Ne seguirà dunque, che tale eccezione dovrà cessare tosto che l'altra Potenza desista dal darvi causa (2).

XXI. Continuazione. Della nave sola considerata come oggetto speciale di proprietà neutrale in relazione al predamento.

§ 760. Ritenuti questi principj, e richiamando alla memoria che la qualità e l'appartenenza al neutrale deve espressamente *constare* per guarentire dal predamento (3), ne viene che quando la prova è autentica, e conforme ai Regolamenti e ai Trattati, deve far piena fede fino a che non si abbiano buone ragioni di dubitare del contrario. Se dunque i mezzi di prova indicati fanno fede che la nave è neutrale, converrà rispettarla come tale; nè si potrà mai a documenti positivi contraporre un mal fondato sospetto, ma solamente altri argomenti positivi.

Ciò posto, se una nave si trovasse fornita di bandiera neutrale, e di tutti gli altri ricapiti esistenti a bordo, comprovanti la sua neutralità, ma nello stesso tempo constasse d'altronde che in un tempo anteriore era nave nemica; si domanda se si dovrebbe *presumere* che per un atto intermedio e regolare sia divenuta proprietà del neutrale, ovvero se si potrà esigere la *prova formale* di questo passaggio di proprietà; e mancando questa prova, se si dovrà ritenere di proprietà nemica, e quindi soggetta a legitimo predamento.

Dato il principio, che *la neutralità non si presume, ma dev'essere appieno dimostrata,* ne viene che constando dell'anteriore appartenenza

---

(1) « Per istabilire l'infame principio, che » *la bandiera non copra la mercanzía.* » Decreto Imperiale del 17 Dicembre 1807.

(2) Detto Decreto, art. 1.

(3) « La neutralità dev'essere appieno dimostrata secondo i Regolamenti e i Trattati » (dice l'art. 49. del Regolamento italiano 27 Febrajo 1806). Ordinanza francese del 1681, Lib. III. Tit. IV. art. 5. Regolamento francese 2 Pratile, anno XI. art. 53.

della nave al nemico, senza che consti per qual titolo essa divenne proprietà del neutrale, la prova della neutralità viene affievolita dalla contraria circostanza, la quale non può essere tolta che dalla prova positiva ch'essa passò in proprietà del neutrale. Mancando questa prova, la nave viene dichiarata di buona preda (1).

Consultando lo spirito dei veglianti Regolamenti, pare che il Governo dica alla propria nazione e alle straniere: « Io non voglio trattare » come legni neutrali se non quelli che si dimostreranno tali con rica» piti autentici esistenti a bordo; e però tutti quelli che mi risulteran» no sospetti o d'inimicizia, o di appartenenza nemica, o incogniti, non » li rispetterò » (2).

Quanto ai primi, la ragione è manifesta; ma quanto ai legni che sono semplicemente mancanti di prove concludenti della loro specifica appartenenza, benchè sieno equipaggiati e condotti da neutrali, con qual principio si possono assoggettare al predamento, che per diritto non si può esercitare che contro le cose e le persone dei pirati e dei nemici? Per il diritto, io rispondo, della sicurezza, il quale avendo fatto adottare che *la prova sola fa diritto* per non sottostare al predamento, induce necessariamente il correlativo contrario, che la mancanza della prova esclude la *garanzía;* mentre la garanzía è limitata alla qualità manifesta della neutralità o dell'amicizia, senza di che si darebbe adito a mille frodi nocive al diritto dei belligeranti.

Da tutto ciò segue, che siccome la proprietà ed il possesso si riferiscono essenzialmente ad un oggetto determinato, così la *prova* della proprietà e del possesso della nave, a bordo della quale sono persone neutrali, deve necessariamente riferirsi all'identica nave su cui si trovano le persone medesime, e non ad altra qualunque.

Se dunque i ricapiti si riferiscono ad un'altra nave, quella ch'essi conducono rimane priva di titolo, e perciò cade in commesso come cosa non coperta dalla garanzía della neutralità (3). Questa differenza viene dedotta dalla discrepanza del nome del bastimento.

Conviene per altro confessare, che siccome la circostanza è puramente *negativa*, così essa lascia luogo a giustificare la differenza che passa fra il nome della nave connotata nel passaporto, e il nome della

---

(1) Art. 55. 56. del Regolamento italiano 27 Febrajo 1806. Regolamento francese del 25 Luglio 1778, art. 5. 6.

(2) Art. 49. 50. 53. 55. 56. Ordinanza francese del 1681, Lib. III. Tit. IX. art. 5. Regolamento francese 26 Luglio 1778, art. 5. 6. 7. Regolam. franc. 2 Pratile, anno XI. art. 53.

(3) Questa è la disposizione dell'art. 55. del Regolamento italiano 27 Febrajo 1806. Regolamento francese 26 Luglio 1778, art. 5.

nave su la quale si trovano i latori del passaporto medesimo; dimodochè cotesta differenza non produce *ipso jure* il predamento, ma lo produce nel solo caso che non si possa giustificare con altre carte autentiche, trovate pure a bordo, il seguíto cambiamento del nome (1).

XXII. Prova generale della neutralità dell'equipaggio.

§ 761. Alle considerazioni su la nave, rispetto alla *prova della neutralità*, succedono quelle che riguardano l'EQUIPAGGIO, cioè il complesso delle persone destinate a dirigere e a servire nella nave.

La neutralità non si presume, ma dev'essere provata concludentemente (n.i XVI. XXI). Dunque la qualità *neutrale* dell'equipaggio deve essere provata concludentemente. Specialmente poi dev'essere giustificata *co'l ruolo di equipaggio riconosciuto da publico Officiale del paese neutro, da cui fosse partito il bastimento* (2). Senza di ciò la prova sarebbe a ragione incerta, perchè non si avrebbe più un punto fisso da cui partire per accertare la qualità di neutrale o di amico, nè si potrebbe ovviare a mille frodi ed abusi nocivi alla sicurezza comune. Questa regola si verifica anche al rinovarsi di ogni viaggio, benchè l'equipaggio e la nave siano i medesimi, come porta la disposizione letterale e la ragione dell'Articolo (3).

È poi certo, in forza della regola generale sovra espressa (n.° XVI.), che questa prova deve trovarsi presso l'equipaggio medesimo, e perciò a bordo della nave; senza di che essa sarebbe inattendibile (4).

Dunque, per correlativo contrario, la mancanza della prova suddetta della neutralità dell'equipaggio dovrà renderlo sospetto; e quindi valere la regola, che si dovrà presumerlo nemico, poichè non è provato nè amico, nè neutrale. Dunque, per ragione della qualità presunta dell'equipaggio, la nave si dovrà presumere nemica, e però si dovrà considerarla soggetta a predamento. « Sarà di buona preda ogni bastimento straniero . . . . che non abbia a bordo il ruolo di equipaggio riconosciuto da » publico Officiale del paese neutro, da cui fosse partito il bastimento » medesimo » (5).

---

(1) Detto art. 55. del Regolamento italiano 27 Febrajo 1806, ec.

(2) Regolamento italiano 27 Febrajo 1806, art. 57. Regolamento franc. 26 Luglio 1778, art. 9.

(3) Veggansi le Conclusioni del sig. Portalis avanti il Consiglio delle prede nella Causa fra il bastimento *il Republicano* e il corsaro *lo Spartano*, confermate con la decisione 6 Termidoro, anno VIII., presso il sig. Merlin, v. *Prise maritime*.

(4) Regolamento italiano 27 Febrajo 1806, art. 57. 59. Regolam. franc. 26 Luglio 1778, art. 9. 11.

(5) Regolam. ital. 27 Febrajo 1806, art. 2. Regolam. franc. 26 Luglio 1778, art. 9.

Ma questo ruolo non si può dire concludente, se oltre le solite indicazioni personali de' marinaj non esprime anche il domicilio dei medesimi (1).

XXIII. In qual senso si deve intendere che la mancanza del ruolo autentico dell'equipaggio assoggetta la nave al predamento.

§ 762. Quì nasce una questione che riguarda direttamente l'intelligenza del Regolamento. In due maniere si può verificare che un bastimento straniero non abbia a bordo il ruolo di equipaggio riconosciuto da publico Officiale del paese neutro, da cui fosse partito il bastimento medesimo: cioè o perchè manca veramente fin da principio codesto ruolo autentico; o perchè, strada facendo, l'equipaggio fu cambiato, e per conseguenza l'equipaggio esistente non è veramente guarentito dal ruolo autentico di partenza. Ora si domanda a quale di questi due casi si riferisca il predamento autorizzato dal citato articolo del Regolamento.

Risposta. Esso si riferisce propriamente al primo caso in maniera assoluta, com'è per sè evidente; non si riferisce poi al secondo caso se non con le seguenti distinzioni. O consta che l'equipaggio sostituito è composto di marinaj sudditi di nazioni amiche o neutrali; o consta ch'è composto di sudditi di nazioni nemiche al Regno. Nel primo caso non v'ha causa alcuna di predamento, purchè si facia constare del cambiamento in forma autentica (2). Nel secondo caso conviene fare ancora una distinzione: o l'equipaggio di sudditi di Potenza nemica, sostituito al primo, sta dentro il terzo di tutto l'equipaggio esistente a bordo della nave; o lo oltrepassa. Se sta dentro il terzo di tutto l'equipaggio, la nave non va soggetta a predamento (3). Se poi lo oltrepassa, convien distinguere ancora: o viene provato che il Capitano fu costretto a prendere nuovi marinaj per proseguire il suo viaggio, o no. Nel primo caso, benchè il numero de' marinaj di paese nemico presi a bordo del bastimento (d'altronde provato neutrale) ecceda il terzo dell'equipaggio esistente a bordo; ciò non ostante, in vista della prova della suddetta necessità, va

---

(1) Decisione della Corte di Cassazione dell'Impero del 16 Messidoro, an. VII., presso Merlin.

(2) Ciò si conferma dalla Decisione della Corte di Cassazione dell'Impero francese dell'11 Frimale, anno VII., nella Causa fra la nave *la Fenice* di Baltimora, e il corsale francese *l'Aquila*.

(3) Art. 59. del Regolamento italiano 27 Febrajo 1806. Art. 9. del Regolamento francese 26 Luglio 1778. Decisione suddetta di Cassazione dell'Impero francese 11 Frimale, anno VII. — La stessa regola dei due terzi è osservata nel formare l'equipaggio degli armatori nazionali. Regolamento italiano 27 Febrajo 1806, art. 15.

esente da predamento. Nel secondo caso poi, cioè quando non provi essere stato costretto a sostituire marinaj di paese nemico, la nave è soggetta a predamento.

XXIV. Prova dell'ultima parte della risposta.

§ 763. La prova di quest'ultima parte della risposta risulta dalle seguenti considerazioni.

1.° È certo che l'equipaggio d'una nave neutrale può essere, senza pericolo di predamento, composto in parte di marinaj di paese nemico, purchè non eccedano il terzo di tutto l'equipaggio: solamente quando lo sorpassino è soggetta a predamento [1].

Sostituendosi quindi altri marinaj di paese nemico in luogo di altretanti mancanti, non si variano le condizioni della neutralità, poichè lo stato dell'equipaggio per la sua qualità e quantità rimane il medesimo: lo che si conferma anche con l'autorità delle Decisioni.

2.° La prova d'essere stato costretto a rinovare l'equipaggio non rendesi necessaria nel caso che si tratti di marinaj di paese neutrale, ma solamente nel caso che si tratti di sostituire marinaj di paese nemico oltre il terzo dell'equipaggio. Infatti la ragione di temere o di presumere la qualità nemica cessa tostochè esiste la qualità e la quantità certa di neutrale.

Egli è vero che la espressione dell'art. 58. del Regolamento non porta espressamente questa distinzione; ma la ragione di non offendere la neutralità manifesta e l'autorità delle Decisioni hanno fissato questo senso. Quanto alla ragione di diritto, nulla debbo aggiungere dopo le cose poco fa notate; quanto poi all'autorità, giovami ricordare la sopra citata Decisione della Corte di Cassazione 11 Frimale, anno VII., tra *la Fenice* neutrale ed il corsale francese *l'Aquila*. Da essa fu riconosciuto che l'art. 10. del Regolamento 26 Luglio 1778, corrispondente letteralmente all'art. 58. del Regolamento italiano 27 Febrajo 1806, non obliga a provare la necessità del cambiamento dell'equipaggio se non nel solo caso in cui l'equipaggio sostituito sia composto di più d'un terzo di sudditi del nemico [2].

---

(1) Regolam. ital. 27 Febrajo 1806, art. 57. Regolam. franc. 26 Luglio 1778, art. 9.

(2) « Considérant enfin, qu'il n'était pas » nécessaire au Capitaine du *Phénix* de ju- » stifier de la necessité de renouveler son » équipage a Bremên, où il prenait des ma- » telots de pays neutres; attendu que l'arti- » cle 10. du Réglement de Juillet 1778, qui » en fait une obligation en certains cas, ne » s'appliquoit pas dans l'espèce; attendu que » ce n'est que dans le cas où l'on se trouve » forcé de renouveler l'équipage en pays en-

XXV. Estensione dell'art. 58. del Regolamento 27 Febrajo 1806.

§ 764. L'art. 58. ingiunge l'obligo di provare essere stato *necessario* di sostituire altri marinaj a quelli ch' erano segnati nel primitivo ruolo di equipaggio a causa di morte, per sostituirli a quelli che fossero morti durante il viaggio. Si domanda se, in forza di questa disposizione, la *necessità* della sostituzione debba essere così tassativamente ristretta alla sola causa della morte, che verun' altra non possa valere; e però se dovrà soggiacere a predamento un legno neutrale che dimostrasse d'essere stato costretto a prendere marinaj d'un paese nemico oltre il terzo dell' equipaggio, perchè i marinaj neutrali o sono disertati, o hanno ricusato di proseguire il viaggio, o furono levati da un predatore.

Risposta. Non pare che la causa della morte sia esclusiva delle altre cause di necessità di supplire con altri marinaj, ma che la legge le ammetta tutte. E ciò non solamente perchè la locuzione dell'Articolo non è esclusiva, ma semplicemente positiva; ma eziandío perchè la morte stessa quì non è indicata che come causa inducente la *privazione* delle persone necessarie al servigio, da cui deriva la necessità di supplire con altri marinaj.

Sarebbe certamente ingiusto che una Potenza tendesse a far serva un'altra Potenza eguale a sè non solamente co'l volerle impedire capricciosamente l'uso de' suoi diritti, ma co'l volerla porre senza ragione perfino nell' impotenza di proseguire il suo viaggio e di far ritorno, sotto pena di confisca. Dico *senza ragione*, poichè il neutrale co'l provedersi, costretto da necessità, di altri marinaj anche di paese nemico, in difetto di altri marinaj mancati senza colpa del condottiero della nave, non offende la neutralità, ma provede ad un proprio bisogno urgente, che costituisce il titolo della *necessità* suddetta. Se con la causa di *necessità*, nata da morte, non offende in un caso la neutralità; per qual ragione si dovrà conchiudere ch' egli l'offenda quando vige la stessa ragione derivante da altra causa, cioè il *difetto necessario* di una parte dell' equipaggio?

Questa conchiusione è avvalorata anche dall'autorità; imperocchè la Corte di Cassazione dell' Impero applicò gli stessi Articoli 9. e 10. del Regolamento di Luglio 1778 anche al caso nel quale un Capitano di

---

» nemi, et de prendre plus du tiers de ma- » telots ennemis, que la disposition du Régle- » ment exige que la nécessité du renouvelle- » ment soit constatée sous peine d'être con- » sidérée de bonne prise, ce que résulte de » la combinaison des art. 9. et 10. du dit Ré- » glement. » Decisione della Corte di Cassazione dell' 11 Frimale, anno VII.

nave ancorato in un porto fu costretto a prendere un altro equipaggio in luogo del primo, che ricusò di proseguire il viaggio, e cui egli fece arrestare con l'ajuto dell'autorità locale [1].

Tutte le eccezioni allegate fin quì contro il principio semplice ed unico, che la bandiera neutrale guarentisce la nave, e tutte le limitazioni riguardanti una nave nemica, non hanno luogo che per un diritto di *circostanza*, e non mai per un diritto assoluto e primitivo. Imperocchè se per diritto primitivo ed assoluto la guerra non si pratica più che per gli Stati nemici, e non contro i particolari; e se una nave privata anche nemica, e composta di nemici, non potrebb'essere a buon diritto soggetta a predamento (n.° XI.): con molto più di ragione una nave neutrale comandata da neutrali, e che altro non presentasse che un equipaggio di sudditi del nemico, non potrebb'essere giustamente assoggettata a predamento.

Per la qual cosa in oggi, che il Sovrano ha proclamato il principio universale dell'identità del Diritto di guerra sì in terra che in mare; in oggi, ch'egli per principio di Diritto primitivo considera ingiusto il predamento delle proprietà private dei nemici (n.° XI.); si dovrà conchiudere che questa parte del Regolamento italiano 27 Febrajo 1806, tradotta dal Regolamento francese 26 Luglio 1778, si dovrà riguardare come disposizione di circostanza e come effetto di parità di trattamento, anzichè come applicazione dei veri e fondamentali principj di Diritto marittimo.

XXVI. Dello stato civile del proprietario o padrone del bastimento denominato *neutrale*.

§ 765. Le regole positive e di circostanze esposte fin quì cadono su l'equipaggio della nave neutrale riguardato in massa. Ma una precipua considerazione merita il proprietario o il padrone (in senso di navigazione) del bastimento che dicesi *neutrale*.

Si domanda dunque in primo luogo se, dato che tutti i requisiti di neutralità si riscontrino in una nave nei varj suoi rapporti, e solamente si trovi che il proprietario o il padrone della medesima sia suddito di Potenza nemica, se questa sola circostanza basti oggidì per assoggettare la nave a predamento. Quì convien rispondere con distinzione: o si tratta di far uso d'un diritto di circostanza, altrimenti detto *di ritor-*

---

(1) Decisione del 19 Germinale, an. VII., nella Causa della nave *John-William* presso Merlin, *Répertoire*, v. *Prise maritime*, § 3. art. 3.

sione; o si tratta di far uso del diritto fondamentale e generale della guerra di mare, proclamato dall'autorità suprema dello Stato.

Quando si facia uso del diritto *di circostanza*, si risponde che il padrone o il proprietario della nave, attualmente suddito di Potenza nemica, non guarentisce la nave dal predamento. Quando poi si facia uso dei veri e sani principj del Diritto marittimo, si risponde che il padrone o il proprietario della nave, d'altronde munita dei requisiti di neutralità, non autorizza il predamento della medesima.

La prima parte della risposta è letteralmente avvalorata dalla disposizione dell' art. 54. del Regolamento italiano 27 Febrajo 1806, corrispondente all'art. 6. del Regolamento francese del 26 Luglio 1778.

Si è detto che il proprietario o padrone sia attualmente suddito di Potenza nemica; imperocchè quand' anche fosse originario di paese nemico, ma che attualmente non potesse più, per una intermedia naturalizzazione e permanenza in paese neutrale o amico, considerarsi suddito nemico, non verrebbe più riputato nemico, ma bensì neutrale ed alleato. Di fatto la qualità di cittadino nemico sarebbe stata tolta, per vestire la qualità di cittadino amico o neutrale.

Affinchè però questa nuova qualità possa essere valida onde sottrarlo dal predamento della nave, si esigono tre condizioni; cioè:

1.° Che la neutralizzazione in paese amico o neutrale sia fatta prima della dichiarazione di guerra.

2.° Che il naturalizzato abbia trasportato il suo domicilio nel paese amico o neutrale prima della dichiarazione di guerra.

3.° Che il naturalizzato non sia tornato da poi nei paesi nemici per continuarvi il commercio (1).

Mancando queste condizioni, o alcuna di esse, il proprietario o padrone della nave non è considerato come rivestito dei requisiti legali ad effetto di guarentire con la sua qualità personale la nave dal predamento.

XXVII. Del predamento in conseguenza delle qualità personali di altri individui che fuori dell'equipaggio trovansi a bordo della nave neutrale.

§ 766. In conseguenza sempre del diritto *di circostanza* sopra accennato, vi hanno due altri casi, nei quali la nave ancora non è guarentita dal predamento; e questi sono:

1.° Se nella nave trovasi imbarcato un sopracarico negoziante di paese nemico.

---

(1) Regolamento italiano 27 Febrajo 1806. Regolam. franc. del 26 Luglio 1778, art. 6.

2.° Se vi si trova anche un Commesso od Officiale graduato di paese nemico (1).

Sotto il nome di *sopracarico negoziante* s'intende un agente di negozio specialmente incaricato di vendere per conto d'un negoziante o di una società mercantile le date merci caricate su la nave nella quale oggi è imbarcato, e di caricarne e riportarne altre secondo la commissione avutane prima della partenza. Il nome di *sopracarico* (*surcharge*) è tratto dallo spagnuolo, ed originariamente designa un Officiale della Compagnía delle Indie, le cui funzioni principali sono di vendere negli Stabilimenti della Compagnía le mercanzíe ch'essa fa trasportare colà, e di comprar quelle di cui ebbe commissione prima di partire. Con questo carattere è ben naturale che si debba sospettare per comune presunzione, che il comando appartenga a sudditi nemici, e che per conseguenza, giusta il diritto *di circostanza* sopra spiegato, la nave e il carico possano essere di buona preda; dimodochè la bandiera neutrale non guarentisca la mercanzía, postochè dietro un indizio positivo non si può più riguardare come *certamente* neutrale.

Una consimile ragione pare militare anche riguardo ad un Commissario o ad un Officiale maggiore (2) di paese nemico che si trova imbarcato su la nave. Allora invece di presumere che si tratti dell'interesse privato di un suddito nemico, si potrebbe sospettare che si tratti dell'interesse del Governo stesso nemico, benchè molti altri motivi possano concorrere per far imbarcare tali individui sopra una nave neutrale. Siccome però il Regolamento non accenna motivo alcuno, così l'intenzione del medesimo non si può indovinare che per congettura.

Queste sono le cause che per ragione delle persone imbarcate sopra una nave, in forza del Regolamento italiano, fanno sì che una nave neutrale possa essere o non essere soggetta a predamento.

XXVIII. Osservazione generale.

§ 767. Debbo osservare per altro, che le eccezioni sono di *stretto rigore*, poichè sono altretante déroghe al principio proclamato, che la bandiera neutrale guarentisce la mercanzía. Esse poi d'altronde sono eccezioni di loro natura variabili, perchè non sono tratte dai principj fondamentali del Diritto delle genti, ma da motivi di mera circostanza, come sopra fu già avvertito.

---

(1) Regolamento italiano 27 Febrajo 1806, art. 57. Regolam. franc. 26 Luglio 1778, art. 9.

(2) Il testo originale francese porta questa qualificazione.

In prova di ciò non solamente lice addurre i Decreti Imperiali sopra citati (n.i XI. XX.), ma eziandío il Regolamento francese 2 Pratile, anno XII. Esso con una sapientissima circospezione si è limitato ad un solo articolò generale, concepito nei seguenti termini: « Seront encore » de bonne prise soit les bâtimens, soit leurs chargemens, en tout ou en » partie, dont la neutralité ne serait pas justifiée conformément aux Ré- » glemens ou Traités (art. 53). » Presentata la disposizione in questo aspetto, essa fa sentire tre cose; cioè:

1.° Che la neutralità è per sè stessa un titolo onde non sottoporre una nave a predamento.

2.° Che questa neutralità dev'essere provata.

3.° Che il modo di provarla dev'essere determinato dai Regolamenti o dai Trattati (1).

Fin quì nulla s'incontra che non sia conforme ai principj universali e costanti di ragione, anzi confermansi le vere basi perpetue del Diritto (2).

---

(1) Un esempio di questo modo, fissato dai Trattati, lo abbiamo nel Trattato 8 Vendemiale, anno IX., tra la Francia e gli Stati-Uniti d'America, art. 4.

(2) Quì, nel Giornale di Giurisprudenza, Vol. II. pag. 226, c'è l'indicazione *sarà continuato.* La continuazione però manca, e così pure manca il Supplemento più volte citato nel corso dello scritto. (DG)

SE SPETTI

ALL' AUTORITÀ AMMINISTRATIVA O GIUDIZIARIA

IL QUALIFICARE UN FIUME

COME DI RAGIONE PUBLICA O PRIVATA.

Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* del 1812, Tom. III. pag. 149 a 175 (1).

---

§ 768. *Appartiene all' Autorità amministrativa il conoscere della controversia relativa ad una presa d'aqua sopra un fiume publico, specialmente se si disputi del fatto dell'amministrazione intorno alla concessione e l'opera da lei ordinata e sopravegliata.*

(La Delegazione del fiume Olona e l' avvocato Luigi Diotti)

FATTO.

« Fino dall'anno 1786 l'avvocato Luigi Diotti ottenne dal Governo e dagli utenti del fiume Olona una presa d'aqua, sotto certe condizioni espresse nell'atto di concessione. Tosto si diede mano all'opera, la quale non riuscì, attesochè la bocca di estrazione soffriva ingorgamenti, ai quali non era possibile rimediare senza un traslocamento della bocca medesima. Il Diotti quindi pensò di ottenere una nuova costruzione in un altro punto della sponda del fiume. In questo intervallo la Provincia Lombarda fu occupata dalle armate francesi; e però il Diotti ricorse all'Amministrazione generale della Lombardía, perchè, in adempimento del convenuto, venisse fissata la bocca stabile di estrazione dell' aqua dell' Olona nel modo ch' era stato determinato dall' Ingegnere Camerale Giussani su le risultanze degli esperimenti praticabili. Questa quantità

---

(1) Ho creduto necessaria all' intelligenza di questo scritto l' intiera discussione che diede motivo al seguente Decreto, dal quale, nell' edizione che ho sott' occhio, incomincia l' Articolo. Le prime parole del § 769 la rendono indispensabile. (DG)

fu precisamente determinata in oncie 10 e cent. 16. L'Amministrazione generale, con Decreto del 31 Genajo 1797, sentiti i Sindaci (1), gl'interessati ed il Fisco, decretò a favore del Diotti la competenza dell'aqua nella quantità come sopra determinata, ed ordinò che la scelta e forma del punto fisico della posizione della bocca dovesse pure fissarsi dal giudizio di due Ingegneri Camerali, Giussani e Bellotti; che perfezionata l'esecuzione dell'opera, e fatta dagl'Ingegneri la relazione, si passasse, giusta il convenuto, alla celebrazione del corrispondente istrumento; che finalmente, per il più esatto e regolare adempimento delle cose, tutto dovesse eseguirsi con la direzione, vigilanza ed intervento dell'Avvocato Fiscale a tale oggetto specialmente delegato. »

« Costruita l'opera ed incominciato l'inviamento delle aque, rimanevano ancora altre fatture accessorie da compiersi; quando insorse la Delegazione, ossia il Consorzio degli utenti del fiume Olona; e sotto li 27 Ottobre 1809, autorizzato dalla Prefettura a stare in giudizio, convenne l'avvocato Luigi Diotti avanti la Corte di Giustizia civile e criminale di Milano, chiedendo venisse dichiarato:

1.° Non essere nè facoltativo al reo convenuto di estrarre dal fiume Olona maggiore quantità di aqua al di là della competenza di oncie 10 e cent. 16, stata fissata, co 'l Decreto di Genajo 1797, 12 Piovoso, anno V. republicano, dalla cessata Amministrazione generale della Lombardía.

2.° Doversi ridurre e modificare, co 'l mezzo dei Periti da eleggersi giudizialmente, la bocca d'estrazione posta nel territorio di Castegnate, al di sotto e vicino al ponte della Castellanza, in modo che il reo convenuto non possa derivare dal suddetto fiume più delle onc. 10 e cent. 16 d'aqua di sua competenza.

3.° Doversi reintegrare la Delegazione del fiume Olona di tutti i danni stati alla medesima recati dal reo convenuto, per aver questi estratto dal detto fiume Olona una quantità d'aqua maggiore di quella che gli compete; e di que' danni altresì che potrebbero venirle ulteriormente cagionati. »

« Il reo convenuto Diotti a questa domanda oppose la declinatoria per titolo d'incompetenza assoluta della Corte di Giustizia a conoscere e giudicare della Causa, come di spettanza dell'Autorità amministrativa. Questa eccezione fu con Sentenza del 10 Genajo 1810 rigettata dalla

---

(1) La Congregazione dei Sindaci cessò co 'l Decreto del 26 Aprile 1808. Vedi il detto Decreto e l'Ordinanza del Direttore generale d'aque e strade, 12 Maggio 1808.

Corte suddetta, e quindi si diede luogo per parte del Diotti al ricorso ed alla cognizione di questo articolo nel Consiglio di Stato. »

Osservazioni e Motivi.

« Due sono le questioni che conviene esaminare, onde giungere alla soluzione della ricerca, se la Causa sia o no di competenza amministrativa.

La prima è, se il fiume Olona sia una corrente d'aqua di ragione publica o privata.

La seconda, se quì si tratti di conoscere di qualche atto dell'Autorità amministrativa relativo alle sue funzioni. »

« Quanto alla prima, il Consiglio osservò che l'Olona fu riguardato mai sempre di ragione publica, sebene le sue aque siano in massima parte di uso e proprietà privata, come ne fanno prova le nuove Costituzioni di Milano al Titolo *De offic. jud. et commis. flum. Olonae;* ed una Sentenza del Magistrato straordinario, emanata nel secolo XVI., con cui fu ordinata l'otturazione di tutte le bocche ad istanza del Fisco, appunto perchè gli utenti di quelle aque si riguardarono come usurpatori, e non produssero dentro i termini prefiniti dagli Editti Camerali i titoli legitimi del loro possesso; e finalmente la Transazione del 1610 fra gli utenti e la Camera, mediante la quale, a fronte di uno sborso di certa somma, essi furono repristinati nella servitù attiva di usare delle aque, senza che vi fosse questione di dominio fra gli utenti e la Camera; e lo ritenne per sè, come dimostrano i patti e le riserve della Transazione medesima. A ciò si aggiunga, che il costante intervento del Governo in tutte le operazioni che hanno avuto rapporto a quel fiume ed alle aque ad esso defluenti, e il diritto eminente che gli compete su le aque medesime dopo aver servito ai privati, dimostrano assai chiaramente che nelle relative emergenti contestazioni havvi mistura di publico interesse: lo che costituisce il titolo più evidente per impegnare la publica Amministrazione, ed i riguardi di tutela che la Legge 20 Aprile affidò al Governo. »

« Quanto alla seconda questione sovra proposta, cioè se quì si tratti di conoscere di qualche atto dell'Autorità amministrativa relativo alle sue funzioni, il Consiglio osservò che la petizione giudiziale della Delegazione del fiume Olona non fu motivata sopra innovazioni od abusi commessi dal Diotti nella bocca di estrazione; ma più tosto si fece derivare da vizj intrinseci di originaria costruzione: lo che vie più si conferma dalla perizia Buffoni e Ferrario, unita alla petizione suddetta, ove l'ec-

cedente derivazione di aqua si attribuisce alla mala conformazione della bocca, cioè alla mancanza nella medesima della tromba coperta, e al non essere posta in perfetto livello alla corrente del fiume, ma in angolo alquanto inclinato. Riportandosi adunque la questione ai pretesi vizj di originaria costruzione, che doveva essere determinata inappellabilmente dagl' Ingegneri Camerali, ai quali spetta di rilevare con le regole idrauliche se e come i detti vizj (che in ultima analisi si ripetono dal fatto del Governo) possano attribuire al Diotti una copia di aqua maggiore di quella che gli compete, e se i detti Ingegneri, stante la riserva di cui si è parlato, non hanno per anche consummate le loro operazioni; si offre spontanea la conseguenza, che ad essi soli con l'intervento dell'autorità, e non già ai Tribunali, debba competere quella providenza che assicuri la rispettiva ragione delle parti. »

« Finalmente il Consiglio ha creduto che la competenza dell'Autorità amministrativa sia nel caso chiaramente appoggiata alle disposizioni degli art. 5. 7. 9. del Reale Decreto 20 Maggio 1806 per le irrigazioni ed uso di aque per gli opificj, ove si stabilisce che non è permesso per qualunque titolo di fare alcuna variazione alle bocche e chiuse stabili senza l'assenso del Governo; ove s'incaricano gl' Ingegneri-in-capo a vegliare in ciò che riguarda i publici oggetti, perchè l'uso delle aque concesse per irrigazione o movimento di opificj sia praticato secondo i patti, obblighi e condizioni imposte nelle concessioni; ove si autorizzano gl' Ingegneri stessi, in caso di mancanze od abusi, a restituire in via di fatto le cose nello stato primiero, a termini delle concessioni, dandone parte alla Direzione. »

« Per tutti questi riflessi il Consiglio è di rassegnato parere che la Causa di cui si tratta debba conoscersi e decidersi dall' Autorità amministrativa (1). »

DECRETO.

NAPOLEONE ec. — Eugenio Napoleone ec.

Sopra Rapporto del Gran-Giudice Ministro della Giustizia;

Sentito il Consiglio di Stato; decreta:

La Causa promossa avanti la Corte di Giustizia civile e criminale di Milano dalla Delegazione del fiume Olona contro l'avvocato Luigi Diotti, in punto di pretesa eccessiva estrazione di aqua dal detto fiume, di riduzione di bocca e di reintegrazione di danni, è di publica Amministrazione.

---

(1) Rapporto del 4 Giugno 1810.

Il Gran-Giudice Ministro della Giustizia è incaricato della esecuzione del presente Decreto (31 Agosto 1810).

Osservazioni.

§ 769. L'esame della sopra riferita questione dà luogo ad alcune ricerche importanti.

I.

Dicesi primieramente che l'Olona è fiume di ragione publica. Senza esaminare l'intrinseca verità di quest' asserzione, tosto si vede che tale qualità è decisiva per qualificare l'insorta questione di competenza amministrativa. Imperocchè, data la qualità di *publico* al detto fiume, ne viene che la presa di aque del Diotti non poteva essere fatta che per un atto amministrativo (1), e che per conseguenza si dovevano applicare alla concessione di detta aqua tutte le regole di competenza spettanti agli atti amministrativi. E siccome il motivo che diede luogo alla contestazione si era, che nel costruire la bocca producevasi un eccesso di deviazione d'aque non autorizzato dalla concessione medesima, e questo difetto di costruzione era imputato agli Agenti del Governo, e per conseguenza al Governo medesimo; così tutto il nodo della controversia riducevasi a vedere se l'esecuzione dell'Atto decretato dal Governo, e fatto eseguire da lui, corrispondeva ai termini della concessione. Ora, ridotta la questione a questo punto, essa diveniva di ragione amministrativa, sì perchè portava la cognizione del Giudice civile ad esaminare ed interpretare l'Atto stesso di concessione per paragonarlo indi co 'l fatto; e sì perchè questo importava operazioni di visite, d'esami, d'Ingegneri, ed altre tali cose, che di loro natura colpivano l'operato a nome del Governo nel costruire la bocca in questione.

§ 770. Ad ogni modo però l'interesse del Demanio e il diritto di supposta proprietà del fiume non avrebbero per sè soli ridotta la questione ad essere di competenza amministrativa (2), se non vi si fosse unito l'altro elemento di un Atto amministrativo; ma dall'altra parte nè meno questo semplice Atto, senza l'elemento della proprietà, avrebbe potuto costituire una vera competenza amministrativa avanti al Consiglio di Stato. Imperocchè se il fiume fosse stato privato, la questione sarebbe

(1) « Nessuno può derivare aque publiche, » nè erigere opificj su le medesime, senza » l'investitura o la concessione del Governo. » Art. 1. Tit. I. Decisione 20 Maggio 1806.

(2) È assioma che la questione di nuda proprietà fra il Demanio ed il privato, e quindi l'interesse che ne nasce, quando non vi si mescoli verun atto amministrativo, sia assolutamente di competenza civile.

stata essenzialmente privata, e però l'intervento del potere amministrativo sarebbe stato incompetente per il fondo del diritto; dimodochè se l'Atto incompetente avesse dovuto rispettarsi dai Tribunali inferiori per mancanza di autorità a controverterlo, non si avrebbe dovuto egualmente rispettare dal Re nel suo Consiglio di Stato, ad effetto di radicare nell'Autorità amministrativa un diritto che realmente non le competeva. Quindi conviene distinguere l'*occasione* del ricorso al Consiglio di Stato dal *motivo* della Decisione. Il primo ha luogo anche per una decisione incompetente dell'Autorità amministrativa o giudiziaria; il secondo dev'essere necessariamente determinato dalla verità della cosa.

Per rendere la questione di competenza del Consiglio di Stato basta che si tratti di conoscere della regolarità o irregolarità di un Atto anche *incompetente* di un'attuale Autorità amministrativa, senza che la materia sia intrinsecamente, o per il suo titolo, di ragione amministrativa.

Per lo contrario a rendere l'affare veramente di ragione amministrativa si rende necessario il concorso di tre requisiti; come, per esempio: 1.° che il fiume Olona fosse publico; 2.° che sia intervenuto un Atto dell'Autorità amministrativa; 3.° che sopra quest'Atto o sopra il di lui immediato effetto cada la controversia, dimodochè o la sostanza o l'effetto possa eventualmente essere alterati.

§ 771. È mestieri cogliere esattamente questa distinzione. Altro è dire che un affare sia di competenza del Consiglio di Stato, ed altro è dire ch'esso sia di ragione amministrativa. Con la prima asserzione non s'indica veramente la natura propria dell'affare, ma più tosto una giurisdizione propria del Consiglio di Stato a conoscere dell'affare medesimo anche per motivo d'un Atto *incompetente* di un'Autorità amministrativa, del quale i Tribunali civili non possono conoscere, perchè fu praticato da un'Autorità da essi indipendente. Ma, come ognun vede, con ciò stesso si suppone che l'Atto incompetente non sia veramente amministrativo, mentr'è necessaria l'autorità del Consiglio di Stato per rivocarlo.

Nell'altro caso, per lo contrario, si vuole che l'affare sia di sua natura veramente amministrativo; e però la competenza non è solamente fondata su'l mero titolo della *indipendenza* del potere amministrativo dal giudiziario, ma eziandío su la *natura intrinseca* dell'affare medesimo.

§ 772. In forza di questa distinzione ne segue una regola pratica importantissima. Quando la qualità intrinseca dell'affare non è di ragione amministrativa, e che la questione venga portata al Consiglio di Stato

pe 'l solo motivo d'un Atto incompetente di un' Autorità amministrativa, questo motivo non può nè deve arrestare il Consiglio di Stato dal giudicare secondo la verità; e però s'egli è competente per accogliere la Causa, ed i Tribunali civili sono incompetenti a conoscere e rivocare l'Atto incompetente amministrativo, ciò non deve impedire che il Consiglio di Stato annulli l'Atto incompetente, e dichiari la vera competenza dell'affare. Ecco quindi un caso, nel quale la semplice dichiarazione della vera competenza importa essenzialmente l'annullazione di un Atto antecedente, onde abilitare l'Autorità competente a procedere.

Lo stesso si deve dire pe 'l caso di conflitto fra l'Autorità amministrativa e la giudiziaria; mentre il conflitto legando le mani ad ambedue le Autorità che sono in conflitto, non solamente impedisce loro di agire, ma altresì lascia sussistere l'Atto incompetente che per avventura fosse avvenuto; ma quest'Atto dev' essere necessariamente annullato, perchè senza quest'annullazione si lascerebbero in vigore elementi contradittorj.

§ 773. Dopo ciò rimangono gli Atti incompetenti fuori del caso di conflitto. Ognun vede che la ragione è la stessa; e perciò è manifesto che la decisione di competenza deve necessariamente trar seco l'annullazione dell'Atto incompetente, qualunque sia l'Autorità che lo commise.

Questa proposizione non soffre eccezione nè meno per li Tribunali civili, come viene comprovato sì in forza di *massima* spiegata dalla suprema Autorità, che in forza di costanti esempj che fanno fede della pratica coerente, come si proverà più sotto co 'l Supplemento aggiunto a queste Osservazioni.

§ 774. Quello che più importa nel presente argomento si è, che quando una Causa è devoluta al Consiglio di Stato unicamente per far rivocare un Atto incompetente dell'Autorità amministrativa, siccome è manifesto che ciò importa la remissione della Causa medesima all'Autorità competente; così allora la formula generale usata, *la Causa involge oggetto di publica amministrazione*, si deve assumere come l'equivalente di un giudizio preliminare, co 'l quale il Consiglio dichiara di ammettere il ricorso come fatto regolarmente, senza che ciò colpisca il titolo fondamentale della competenza dell'affare medesimo, o possa devolvere la cognizione del merito all'Autorità amministrativa. Allora la citata formula generale significa: *il Consiglio di Stato essere competente a giudicare dell'Atto amministrativo;* ma non ne viene la conseguenza che la cognizione del merito dell'affare sia devoluta a lui.

Tutte queste perplessità per altro vengono tolte allorchè il Consiglio, procedendo ad un pieno giudizio di competenza, dichiara, secondo

le circostanze, il vero articolo su 'l quale egli deve giudicare, annullando tutto ciò che trova come irregolarmente fatto dalle Autorità inferiori, siano amministrative, siano giudiziarie.

II.

§ 775. Si avrà osservato che per qualificare il fiume Olona come *publico* non si è fatto uso dei caratteri stabiliti dal Codice Napoleone, cioè d'*essere navigabile o atto al trasporto*, ma bensì di titoli parte convenzionali e parte statutarj di un tempo anteriore alla promulgazione del Codice medesimo. Si domanda se a fronte delle due qualificazioni suddette, le quali sole limitano la proprietà privata per dar luogo alla demaniale; e se pure a fronte dell'intenzione manifestata dai motivi del Codice di abolire tutto ciò che vestiva il carattere di feudale dominio usurpativo dei primitivi diritti privati; possa sussistere ancora la qualità di *publica* in una corrente d'aqua che non fosse nè navigabile, nè atta a trasporto. Si noti bene: io non voglio quì contrastare se il fiume Olona abbia o no alcuna di queste qualificazioni; voglio solamente promovere una questione ipotetica in via dottrinale, onde eccitare le ricerche dei giureconsulti. Ma di ciò si parlerà in altro luogo (1).

III.

§ 776. Un'altra ricerca si presenta al proposito della sovra recata decisione. Data l'ipotesi che un affare appartenente ad una corrente, resa dal nuovo Codice di ragione privata, sia stato incominciato od anche ordinato sotto l'impero di un'anteriore Amministrazione che lo rendeva di carattere politico; ed esercitandosi sotto l'impero delle nuove leggi un'azione derivante dall'affare stesso: si domanda se per essere stato preparato od ordinato in un tempo in cui egli vestiva il carattere di affare politico, nel quale intervennero anche Ordinazioni od Atti amministrativi, si possa oggidì per questo motivo ritenere di competenza amministrativa, anche per controvertere Atti di un'Autorità amministrativa antecedente; o pure se, seguendo le leggi della nuova competenza, si debba giudicare di ragione civile.

Tale questione, come ognun vede, non è esclusiva agli affari di aqua, ma si può indistintamente estendere a tutti quelli che per lo ad-

(1) Quì l'Autore si riporta ad altre discussioni in proposito di aque, contenute nel *Giornale di Giurisprudenza*, e nel medesimo Fascicolo dal quale fu tratto questo Articolo. Queste discussioni si possono vedere in principio dell'Opera *Su la condotta delle aque*, nella quale l'Autore le introdusse; per lo che si crede inutile ripeterle. (DG)

dietro si consideravano di ragione politica, e che oggidì sono stati resi di ragione civile.

Sembra che a tale questione sia già stato soddisfatto in massima da un solenne e classico Decreto di Governo, già riportato nel *Giornale di Giurisprudenza* (1). Ivi al proposito di un affare ancora pendente, che si considerava di ragione civile in una materia che fu resa di publica amministrazione, fu solennemente dichiarato che le leggi su la competenza agiscono all' istante, ed hanno forza di cangiare incontanente la competenza e la procedura, senza violare il principio della non-retroazione della legge, il quale non fu mai applicato che al fondo del Diritto. A questa dichiarazione di massima s' aggiunge la costante pratica, e tutte le Decisioni governative ed imperiali, come fu già notato nel suddetto *Giornale di Giurisprudenza* (2).

§ 777. Per la stessa ragione vale la viceversa, che certi affari ch'erano un tempo di competenza civile, sopravenendo una nuova legge che li renda di competenza amministrativa, se la loro azione o non è spiegata, o è allora pendente, essi devolvansi all'Autorità amministrativa.

Nelle vicende quindi della Legislazione e dell' Amministrazione il principio prevalente si è di seguire le regole della competenza, sotto l' impero delle quali si esercita l'azione, onde decidere le contestazioni relative.

Questa soluzione si conferma co 'l riflesso, che le nuove Costituzioni distinguendo i poteri, fissando le attribuzioni, e vietando alle rispettive Autorità di usurpare la scambievole giurisdizione, e quindi le decisioni di competenza che servono a tutelare il sistema stabilito, possono bensì aver di mira la conservazione del sistema medesimo; ma per lo contrario non possono avere lo stesso interesse per conservare i confini delle abolite Autorità, la forza e gli effetti dei loro fatti, postochè con la nuova riforma fu introdotta una diversa distribuzione di poteri. Almeno sarà certo che in tutti quei casi, ne' quali non milita una identità di ragione, non si potrà regolare la decisione degli affari pendenti, o delle azioni derivanti da un affare passato, con altre regole che con quelle delle nuove competenze (3).

---

(1) Tom. I. pag. 95 a 98 (*a*).

(*a*) Vedi la Nota II. al n.° XIII. dell' *Appendice ai principj fondamentali di Diritto amministrativo*, nel séguito di questo Volume. (DG)

(2) Tom. I. pag. 244 (*b*).

(*b*) Vedi in séguito dell'*Appendice al Diritto amministrativo*, in questo Volume, la Nota XI. all' art. 40. delle Questioni ec. (DG)

(3) Ciò non oscuramente si può dedurre dal Decreto Imperiale nella Causa Ghisio e

IV.

§ 778. Un' ultima questione si presenta all' occasione del caso sopra riferito. Si è veduto che il primo fondamento della decisione di competenza consisteva nel vedere se il fiume Olona fosse *publico* o *privato.* Questa ispezione era così decisiva, che dalla sua soluzione o affermativa o negativa dipendeva la decisione o affermativa o negativa della competenza. Si avrà inoltre osservato che la qualità di *publico* o di *privato* del detto fiume non fu dedotta in contestazione fra le parti, ma che dal Consiglio di Stato fu allegata la qualità di *publico* come motivo incontroverso.

§ 779. Io non pretendo di mover dubio su la verità di questa opinione: solamente in via d'ipotesi, e per mera istruzione, domando in massima, se sopra una questione pregiudiziale di fatto, specialmente civile, non discussa in contradittorio, avendo il Consiglio di Stato esternata un' opinione, ed essendosi fondato su la medesima, essa facia stato di cosa giudicata; dimodochè, volendosi in altra sede di giudizio agitare di proposito la questione medesima, si possa opporre l'eccezione di cosa giudicata, quantunque le parti litiganti fossero le medesime.

Tale quesito, come ognun vede, non tende a rovesciare la decisione di *competenza;* essa deve rimanere ad ogni modo ferma ed irrefragabile. Si domanda solamente se il *motivo* adottato dalla decisione possa in altra circostanza ed in un' altra questione fare stato di cosa giudicata, specialmente nell' ipotesi che su di esso non sia intervenuta una precedente discussione in via contradittoria.

§ 780. A questa domanda si può rispondere: che per quanta sia l'autorità del Re nel suo Consiglio di Stato, noi non dobbiamo dare alla medesima maggiore estensione di quella che il Re stesso vuole che le sia attribuita. Ora egli è certo che alle decisioni di competenza, in vista della dichiarazione positiva sopra riportata (1), non si può attribuire altra forza decisiva, fuorchè quella che cade su 'l punto stesso della competenza, lasciandosi intatto ogni altro punto interessante il diritto. Dunque è manifesto che ad un semplice motivo, che diede causa alla decisione, non si può attribuire altra forza, che quella di un'ipotesi di fatto,

---

Delborgo, già riportata, Tom. I. pag. 53-54 del *Giornale di Giurisprudenza* (a).

(a) Vedi l'*Appendice al Diritto amministrativo*, n.° XVII., in séguito di questo Volume. (DG)

(1) Vedi *Giornale di Giurisprudenza*, Tomo III. pag. 82 (b).

(b) Vedi, in séguito dell'*Appendice al Diritto amministrativo*, in questo Volume, gli Esempj di Decreti ec., *Classe II.*, n.° 3. (DG)

da cui derivò la conseguente decisione, senza ledere i diritti delle parti, alle quali rimane sempre aperta la facoltà di discutere in via contraddittoria l'articolo medesimo.

§ 781. In generale poi si sa che la sola parte decisiva di un giudicato è veramente la parte dispositiva, come più ampiamente si vedrà più sotto nella Causa Lebouque e Monville (1); di maniera che l'eccezione di cosa giudicata non si può opporre che con la scorta della parte dispositiva, e non co 'l motivo adottato sopra una questione pregiudiziale di fatto non discussa in contradittorio fra le parti.

§ 782. A proposito di quest' ultima circostanza d' essere un articolo discusso in contradittorio o no, giova osservare che tanto è il rispetto che le nuove leggi professano verso il diritto delle parti, che persino nelle questioni stesse di competenza *ratione materiae* dánno il diritto alla parte non chiamata di fare opposizione ai Decreti stessi Imperiali al pari di qualunque decisione giudiziaria, ed accordano su l'opposizione un nuovo giudizio: del che fu già allegato un esempio nel *Giornale di Giurisprudenza* (2), ed in generale se ne riscontrano i principj non solamente nel Codice di procedura civile, ma eziandío nel Regolamento di procedura per il contenzioso amministrativo avanti il Consiglio di Stato dell' Impero francese (3).

§ 783. Giova quindi opinare che un punto pregiudiziale, semplicemente adottato dal Consiglio di Stato, senza precedente cognizione di causa in una decisione di pura competenza, non forma propriamente stato di cosa giudicata ad effetto d' impedirne una nuova discussione e decisione speciale in merito.

§ 784. A fine però di evitare ogni dissonanza e controversia fra l'opinione esternata dal Consiglio di Stato, e la posteriore decisione in merito su l'oggetto compreso nell'articolo pregiudiziale; ed a fine anche di assicurare una solida e ben istrutta decisione di competenza, conviene premettere il giudizio separato dell'articolo pregiudiziale, e rimetterne la cognizione all'Autorità competente, con la riserva di giudicare da poi la questione insorta di competenza dell'affare principale.

§ 785. Quì è necessaria un' avvertenza. Altro è dire che il conoscere di una data questione pregiudiziale appartenga ai Tribunali civili, ed

---

(1) Si vegga la Nota I. in fine di questo scritto. (DG)

(2) Tom. I. pag. 241 (*a*).

(*a*) Si vegga, in séguito dell'*Appendice al Diritto amministrativo*, in questo Volume, la Nota IX. verso il fine, all' art. 36. delle Questioni ec. (DG)

(3) Decreto Imperiale 22 Luglio 1806. Titolo III.

altro è dire che i Tribunali stessi ne possano sempre conoscere, secondo le regole della procedura ordinaria; imperocchè conviene rilevare l'occasione in cui l'articolo pregiudiziale emerge, per essere discusso. Se non pende questione alcuna avanti il Consiglio di Stato, nella quale incidentemente cada la cognizione dell'articolo medesimo; in tal caso i Tribunali possono, dietro la sola istanza della parte, conoscere dell'articolo medesimo entro i confini della propria competenza, come fu già osservato nel *Giornale di Giurisprudenza* (1), senza curarsi delle conseguenze che il giudizio civile potrebbe apportare su l'affare, quando venisse deciso sotto altro aspetto in via amministrativa. Ma se il punto pregiudiziale emerge nell'atto che la Causa pende avanti il Consiglio di Stato; in tal caso, sebene i Tribunali civili siano competenti a decidere la questione pregiudiziale, ciò non ostante non ne possono assumere la cognizione prima che l'Autorità amministrativa abbia deliberato doversene fare la discussione ed il correspettivo giudizio. In questo caso pertanto l'Autorità giudiziaria, benchè competente a conoscere del merito della questione pregiudiziale, deve aspettare la determinazione dell'Autorità amministrativa, onde poter giudicare della questione medesima secondo le regole e le leggi che dispongono degli affari civili (2).

Così nel caso nostro, se si fosse trovato di dover dubitare della qualità publica del fiume Olona, e se pur anche si avesse inteso di dare una vera decisione giudiziale su la competenza, conveniva al Consiglio prima far decidere giudizialmente il punto dell'appartenenza del fiume Olona; e fatto ciò, passare alla conseguente decisione della competenza della Causa. Ognuno sa che la questione su la qualità di *publico* o *privato*, presa isolatamente, essendo questione di mera proprietà, senza mescolanza di verun atto amministrativo, è di competenza dei Tribunali civili, benchè si disputi della proprietà demaniale (3). Per lo che il conseguente Decreto allora avrebbe dovuto esprimere, che *veduta la*

---

(1) Tom. II. pag. 300. 301. 317. 318. e 321 (*a*).

(*a*) Si vegga la Nota II. in fine di questo scritto. (DG)

(2) « Les Tribunaux ne peuvent statuer » sur cette question (préjudicielle) sans qu'au » préalable l'Autorité administrative en ait » délibéré. » Sirey, Arrêt de la Cour de Cassation 29 Thermidore, an. XI.

Talvolta la questione amministrativa è pregiudiziale per la civile; talvolta la civile è pregiudiziale per l'amministrativa. Nel primo caso la decisione della civile avanti i Tribunali deve rimanere sospesa finchè l'amministrativa sia stata decisa dalla competente Autorità; nel secondo caso ha luogo quanto ora si è detto, distinguendo la circostanza se la Causa principale sia o no pendente avanti il Consiglio di Stato.

(3) Vedi Sirey, Tom. IX. Parte I. pag. 411. Idem, Tom. VII. Parte II. pag. 256. — *Notices décennales*, v. *Question incidente*, *Question préjudicielle*, n.° 3.

decisione giudiziaria su la qualità del fiume in questione, *il Consiglio si riserva di deliberare.* O vero anche si avrebbe potuto pronunciare in via ipotetica; cioè: *allorquando si facia constare che il fiume Olona sia publico*, *la Causa dovrà essere rimessa all' Autorità amministrativa competente*, *dichiarando come non avvenuta la Sentenza del Tribunale di Prima Istanza.*

§ 786. Ad ogni modo, trattandosi di un pieno giudizio di competenza, la regolarità vuole che l' articolo pregiudiziale venga preliminarmente deciso dalla competente Autorità: senza di che si cade nel doppio inconveniente di violare la competenza nell' atto di correggere l' eccesso di potere, perchè l' articolo pregiudiziale viene deciso almeno indirettamente dall' Autorità incompetente; di esporre a contrario giudizio la decisione fatta incompetentemente dall' Autorità che si arrogò la decisione medesima, e di assoggettare le parti e i loro diritti a contrasti e a collisioni lesive della piena libertà dei Giudicati.

Supplemento alle antecedenti Osservazioni.

§ 787. Fu detto che l' autorità del Consiglio di Stato di annullare i Giudicati dei Tribunali civili di qualunque grado per eccesso di potere, viene confermata tanto *in massima*, quanto con gli esempj dell' Impero francese. La prova di quest'asserzione risulta come segue.

In un Parere del Consiglio di Stato dell'Impero, del 26 Fruttidoro, anno XIII., pronunciato all' occasione di una Sentenza del Tribunale speciale del Dipartimento della Mosa il 10 Germinale, anno XII., e che da noi fu riportato nel *Giornale di Giurisprudenza* (1), viene formalmente dichiarato *in massima*, che il Consiglio di Stato conosce ed annulla i Giudicati dei Tribunali civili allorquando havvi usurpazione dell'Autorità amministrativa. Questa dichiarazione pari alla legge (poichè tale è la forza dei Pareri del Consiglio di Stato approvati da Sua Maestà, come altre volte fu dimostrato) (2) toglie di mezzo qualunque dubio.

Questa massima fu sempre conservata in pratica, come lo provano moltiplici esempj (3), contro i quali non si può eccepire verun esempio contrario; avvegnachè era più necessaria l' annullazione dei Giudi-

---

(1) Tom. III. pag. 79 a 83 (*a*).

(*a*) Vedi, in séguito dell'*Appendice al Diritto amministrativo*, in questo Volume, gli Esempj di Decreti ec., *Classe II.*, n.° 3. (DG)

(2) Vedi *Giornale di Giurisprudenza*, Tomo I. pag. 13 e 17 (*b*).

(*b*) Vedi l'*Appendice al Diritto amministrativo*, in séguito di questo Volume, n.° III. (DG)

(3) La prova di quest' asserzione risulta dai seguenti Decreti sì Governativi che Imperiali.

cati incompetenti, di quello che la dichiarazione isolata della stessa incompetenza.

§ 788. Dirò di più: esaminando i Decreti 15 e 27 Brumale, an. X., inseriti nel *Bollettino delle Leggi* ai n.[i] 122 e 131, risulta che non solamente il Governo in materia di competenza può dichiarar nullo un Giudicato incompetente, come conseguenza necessaria ed inseparabile della medesima; ma eziandío poteva e può, in via di alta Polizía amministrativa, correggere disciplinarmente un Tribunale, allorchè s'accorge che non per semplice errore, ma avvedutamente pronunciò il Giudizio incompetente. La prova di questa osservazione risulta dai seguenti passi.

« Considérant enfin que avant de récourir à des mesures plus sé» vères, il importe au Gouvernement de savoir si la conduite du Tri» bunal d'Appel du Departement du Doubs n'est que l'effet d'un simple » erreur d'opinion, ou s'il faut l'attribuer à une affectation coupable; » le Conseil d'État entendu arrêtent: »

« 1. Les Jugemens des 4 Fructidor, an VIII., et 2 Floréal, an IX., » sont déclarés comme non avenus. »

« 2. Le Président, et en cas d'empêchement légitime le Juge qui » le suivra dans l'ordre du tableau, et le Commissaire du Gouvernement » près le dit Tribunal, se rendront à la suite du Conseil d'État. »

1.° Decreto Consolare del 27 Fruttidoro, anno IX., annullante un Giudicato del Tribunale civile, Dipartimento del Nord, sedente a Dovai (Sirey, Tom. I. Parte II. pag. 605).

2.° Decreto Consolare 12 Brumale, anno XI., che annulla una Sentenza del Tribunale civile di Tarn (Sirey, Tom. III., Parte II. pag. 39 e 40).

3.° Decreto Consolare del 15 Piovoso, anno X., che annulla una Sentenza del Tribunale di Prima Istanza del terzo Circondario del Leman (Fleurigeon, pag. 269).

4.° Decreto Consolare del 9 Ventoso, anno X., che annulla una Sentenza del Tribunale di Prima Istanza di Marsiglia (Fleurigeon, loc. cit. pag. 270).

5.° Decreto Consolare del 6 Pratile, an. *X.*, che annulla la Sentenza del Tribunale di Prima Istanza del Circondario di Draguignan, Dipartimento del Varo (Fleurigeon, loc. cit. pag. 270).

6.° Decreto Consolare del 12 Brumale, anno *XI.*, che annulla alcuni Giudicati del Tribunale di Prima Istanza di Fontenay (Fleurigeon, loc. cit. pag. 270).

7.° Decreto Consolare del 28 Fruttidoro, anno X., annullante una Sentenza del Tribunale civile d'Avignon (Fleurigeon, loc cit. pag. 271-272).

8.° Simile, annullante una Sentenza dello stesso Tribunale d'Avignon (Fleurigeon, loc. cit. pag. 273).

9.° Decreto Imperiale dell' 11 Maggio 1807, annullante una Sentenza del Tribunale di Alais, con altre disposizioni relative (Sirey, Tom. VIII. Parte II. an. 1808, pag. 14).

10.° Decreto Imperiale del 16 Marzo 1807, che annulla la Decisione della Corte d' Appello di Poitiers (Sirey, Tom. *X.* Parte II., anno 1810, pag. 230. 291).

11.° Decreto Imperiale del 10 Febrajo 1808, che annulla una Sentenza del Tribunale di Commercio di Parigi (Sirey, Tom. VI. Parte II. pag. 271).

« Que ainsi (dice il secondo Decreto) l'entreprise du Tribunal de » Rochechouart sur l'Autorité amministrative est manifeste, mais qu'avant » de recourir à des mesures plus sévères, il emporte au Gouvernement » de savoir si la conduite de ce Tribunal n'est que l'effet d'un simple » erreur d'opinion, ou s'il faut l'attribuer à une affectation coupable; » le Conseil d'État entendu arrêtent: »

« 1. Le Jugement du 15 Messidor, an IX., est considéré comme » non avenu. »

« 2. Le Président du Tribunal civile du quatrième arrondissement » du Département de la Haute, Vienne, et en cas d'empêchement légi» time le Juge qui le suivra dans l'ordre du tableau, se rendra à la suite » du Conseil d'État (1). »

« 3. Le Ministre des Finances est chargé de l'exécution du pré» sent arrêt. »

Da tutto ciò è dunque manifesto, tanto per dichiarazione di massima avente forza di legge, quanto per autorità di Decisioni ossia di Decreti Sovrani, avere il Re, per Costituzione e per Legge, il Diritto e l'esercizio pratico del medesimo ad annullare i Giudicati incompetenti dei Tribunali civili per titolo d'eccesso di potere, ossia per usurpazione dell'Autorità amministrativa.

---

(1) L'usurpazione di potere fatta dolosamente, essendo per sè stessa un delitto, merita una misura disciplinare anche fuori del caso di conflitto che dà luogo ad una positiva azione penale.

ANNOTAZIONI

Nota I. al § 781, pag. 420.

Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale*, Tom. III. pag. 221. a 239.

1.° *Le Corti di Appello, alle quali in forza di una Cassazione viene rimesso il giudizio di una Causa, debbono conoscere anche dell' incompetenza assoluta, benchè non sia allegata dalla parte privata, e benchè la stessa Corte di Cassazione avesse ammessa la Causa come di competenza civile.*

2.° *Una Decisione della Sezione civile della Corte di Cassazione, con la quale fu dichiarato che la data Causa era di competenza giudiziaria, può essere ritrattata dalle Sezioni riunite della stessa Corte, rimettendo le parti contendenti all'Autorità amministrativa.*

3.° *Tutte le volte che alla Corte di Cassazione, tanto per un primo, quanto per un secondo ricorso, giunge una Causa per la decisione del diritto, nè siasi fatto parola della competenza, la Corte stessa deve convertire d'officio l'Istanza ordinaria in Regolamento di competenza, cassare le Sentenze e le Procedure antecedenti, come incompetentemente fatte, e rimettere le parti avanti le Autorità competenti.*

4.° *Benchè la vendita d'un bene avocato alla nazione sia fatta con la dichiarazione di alienarlo* in quello stato in cui ne avevano goduto o avevano potuto goderne *gli anteriori proprietarj; ciò non ostante, trattandosi della questione se effettivamente siano stati compresi certi determinati beni, la Causa è di publica Amministrazione.*

FATTO.

Giovanni Battista Monville acquistò nel 1770 da Gio. Francesco la Rochefoucault, a titolo di censo, un posto per collocarvi de' banchi di mercato sotto il portico di Surgeres. Egli ne aveva ancora un pacifico possesso, quando la rivoluzione avea fatto emigrare Gio. Francesco la Rochefoucault.

Per effetto di questa emigrazione le porzioni di portico rimaste in proprietà di la Rochefoucault passarono in mano alla nazione, la quale, rappresentata dall'Amministrazione dipartimentale, aggiudicò nel 12 Termidoro, anno IV., a Leboucq *il portico di Surgeres, proveniente dall'emigrato la Rochefoucault, della quantità superficiale di circa 179 tese, compresovi il palchetto* (parquet).

Nell'aggiudicazione si stipulò, *che i beni venduti lo erano con le loro servitù attive e passive; che l'acquirente li riceveva nello stato in cui erano, senza poter esigere veruna indennità a causa di degradazione e deteriorazione, nè per errore nei confini o nella quantità, essendo venduti in quello stato in cui ne aveano goduto o aveano dovuto goderne i precedenti affittuarj, o coloro da cui i detti beni provenivano.*

Samuele Leboucq pretese che l'Amministrazione con quest'Atto gli avesse aggiudicato non solamente la porzione di portico che non era stata ancora alienata dall'emigrato la Rochefoucault, ma il portico intiero, senza eccezione o riserva alcuna.

Ma il Tribunale civile della Charente inferiore, avanti il quale egli portò la sua pretesa, appoggiata alla clausola su riportata dell'aggiudicazione, li 12 Frimale, anno V., pronunciò che Samuele Leboucq non aveva acquistato dalla nazione che la porzione di portico di cui Gio. Francesco la Rochefoucault godeva all'epoca dell'emigrazione, e ch' egli per conseguenza non aveva alcun diritto di proprietà su 'l posto venduto nel 1770 a Gio. Battista Monville.

Samuele Leboucq appellò da questa Sentenza, arguendola: 1.° d'incompetenza; 2.° di mal giudicato.

1.° Il Tribunale (diss'egli) si è arrogato gli attributi dell' Autorità amministrativa con l'interpretare e modificare, mediante l'interpretazione da esso fattane, un contratto intervenuto con l' Amministrazione dipartimentale, e che non poteva essere interpretato se non dalla stessa Amministrazione.

2.° Ha mal giudicato in merito, tanto perchè l'Atto del 1770 non aveva conferito a Monville se non che una servitù, ed egli non avendo insinuato quest'Atto alla Segretaría distrettuale dentro il termine fissato dall' art. 6. della Legge 2 Settembre 1792, era per ciò solo decaduto dalla sua concessione; quanto perchè Monville non avendo acquistato con questo medesimo Atto che un diritto indiviso con Gio. Francesco la Rochefoucault, da poi emigrato, la nazione aveva potuto e dovuto vendere la totalità, a termini della Legge 13 Settembre dell' anno 1793.

Il Tribunale civile del Dipartimento di Deux-Sevres, innanzi al quale fu portato l'appello da Samuele Leboucq, non accolse questi gravami.

Rigettò quello d'incompetenza su 'l fondamento, che i Giudici della Charente inferiore non avevano nè interpretato nè modificato il contratto in questione, ma al contrario l'aveano preso nel suo senso letterale; mentre co 'l testo di tale contratto Leboucq *era soltanto surrogato nei diritti della nazione* su 'l portico di Surgeres, e non dovea godere di questo portico se non che nella maniera stessa in cui l'emigrato Rochefoucault ne avea goduto.

Rigettò il gravame desunto dall'art. 6. della Legge 2 Settembre 1792, perchè il diritto acquistato da Monville in forza dell' Atto 1770 non era una semplice servitù, ma una proprietà reale.

Rigettò finalmente il gravame fondato su la Legge 13 Settembre 1793, perchè con l' Atto del 1770 Monville avea acquistato dall' emigrato la Rochefoucault non una proprietà indivisa, ma una proprietà distinta e separata.

Ed aggiunse a questi motivi il seguente riflesso, ch'egli qualificò siccome degno di particolare attenzione: « che Leboucq non ignorava all'epoca della vendita fattagli (dall'Amministrazione dipartimentale), ch'egli stesso e varj altri cittadini di Surgeres erano proprietarj (di una parte del portico) per concessioni antiche; fatto ch'egli non impugnò, e del quale al contrario è convinto: che supponendo in lui tale scienza, non ha potuto prendere la clausola, *che i beni erangli stati venduti tali quali ne aveano goduto quelli da cui provenivano,* come una clausola di puro stile. »

In conseguenza di questi motivi nel 24 Fiorile, anno V., confermò la Sentenza del Tribunale civile della Charente inferiore.

Leboucq ricorse in Cassazione, e riprodusse gli stessi motivi d'incompetenza e di mal giudicato.

Quanto al primo, il Tribunale di Cassazione considerò, *che non trattavasi della validità o invalidità dell'Atto d'aggiudicazione del portico di Surgeres, consentito dall'Amministrazione dipartimentale, ma dell'esecuzione ed applicazione di quest' Atto, che diè luogo ad una contestazione, la quale non era che di spettanza del potere giudiziario; d'onde segue, che il Tribunale di Deux-Sevres non ha contravenuto all' art.* 13. *Tit. II. della Legge* 24 *Agosto* 1790.

Ma dopo essersi spiegato in tal modo su 'l primo motivo di Cassazione, accolse il secondo, e con Decisione 27 Brumale, anno VII., cassò quella del Dipartimento di Deux-Sevres, siccome contraria all'art. 6. della Legge 2 Settembre 1792.

Rimessa, dopo sì fatta Decisione, la Causa al Tribunale d'Appello di Poitiers, Samuele Leboucq non credè opportuno di opporre novamente l'eccezione d'incompetenza, e si limitò a ripetere quanto avea detto in merito avanti il Tribunale di Deux-Sevres.

Con Sentenza 23 Ventoso, anno IX., il Tribunale d'Appello di Poitiers pronunciò nello stesso modo com'era stato giudicato dal Tribunale di Deux-Sevres; dichiarò, com'esso, l'art. 6. della Legge 2 Settembre 1792 e la Legge 13 Settembre 1793 inapplicabili al caso.

Questa conformità nei due Giudicati diede causa ad un nuovo ricorso in Cassazione.

Leboucq riprodusse il motivo d'incompetenza unitamente ai motivi di merito, onde ottenere la cassazione del secondo Giudicato. In una memoria da esso diretta al Tribunale di Cassazione egli trascrisse un Certificato dell' Amministrazione centrale della Charente inferiore, datato 15 Frimale, anno V., portante, *che nè prima della vendita, nè all'epoca dell'aggiudicazione era stato prodotto verun reclamo per parte di alcuno che pretendesse aver diritto nella proprietà di qualche porzione del terreno del portico; che in conseguenza l'Amministrazione avea inteso di vendere a Samuele Leboucq la totalità del portico, e tutti i banchi che ne dipendevano, senza riserva o restrizione.*

È però da avvertirsi che questo certificato non fu riferito in alcuna Sentenza anteriore, e nè meno prodotto avanti al Tribunale di Cassazione.

La Causa fu portata all'Udienza 16 Piovoso, anno XI., a Sezioni riunite.

Discussione.

Il sig. Merlin, ch'ebbe la parola in quest'affare, confutò il sistema del ricorrente rispetto al merito, e conchiuse che l'impugnata Decisione, quanto al merito stesso, avea perfettamente adempiuto verso le parti litiganti quel grande e primo precetto di diritto: *suum cuique tribuere.*

« Ma (continuò egli) ha essa competentemente giudicato? Ecco la questione che rimane ad esaminarsi; e nasce, come ben vedete, dall'altro motivo di Cassazione impiegato dal sig. Leboucq. »

« Questo motivo, dobbiamo pur dirlo, pare a primo colpo d'occhio non possa accogliersi. »

« Una eccezione d'incompetenza, che sembra sia stata formalmente riprovata con una Decisione suprema, e che in conseguenza nè meno osò riprodursi davanti i Tribunali a cui la Causa fu rimessa nel merito, può ella mai esservi presentata con una fidanza appena plausibile? »

« Di che mai si potrà in proposito accusare il Tribunale d'Appello? Unicamente di non aver deciso che la Causa eccedeva le attribuzioni del potere giudiziario. Ora come avrebb'egli potuto pronunciare una simile Decisione? Non solo le parti ed il Ministero publico non glie ne fecero su ciò istanza, ma nè meno eravi autorizzato dalla remissione della Causa ordinata dal Tribunale di Cassazione. »

« Il Tribunale di Cassazione avea egli stesso riconosciuto che la questione era di competenza dei Tribunali; egli l'avea riconosciuto co 'l modo stesso in cui erasi spiegato su 'l motivo d'incompetenza impiegato in primo grado da Samuele Leboucq; e massimamente l'avea riconosciuto co 'l non averne rimessa la Causa ai Giudici che doveano conoscere del merito, se non che *per esservi pronunciato in merito.* Sono questi i termini del Giudicato di remissione. I Giudici del Tribunale d'Appello erano dunque senza potere quanto a sì fatta questione; essi adunque non hanno potuto occuparsene: Samuele Leboucq non può dunque lagnarsi per questo, che non l'abbiano decisa *d'officio* a suo favore. »

« D'altronde, quand'anche la questione fosse ancora intatta; quand'anche Samuele Leboucq fosse tuttora ammissibile a trattarla davanti a voi, potrebb'egli sperarne un esito favorevole al suo sistema? »

« Senza dubio, allorchè una vendita di beni nazionali è impugnata per nullità, non compete che all'Autorità amministrativa il conoscerne. È questa una verità perfettamente dimostrata dal Proclama del Direttorio esecutivo del 2 Nevoso, anno VI., e che da poi non fu mai contestata (1). Ma a che essa appoggiasi? A due motivi. »

« Il primo, che gli Atti dell'Autorità amministrativa non possono essere annullati dal potere giudiziario. »

(1) Vedi questo Proclama alla pag. 161 del *Giornale di Giurisprudenza Universale*, Tomo XI. (*)

(*) Non reputo conveniente il riferire questo lungo Proclama, perchè non è necessario all'intelligenza di ciò ch'è detto in questo luogo. (DG)

« Il secondo, che annullare una vendita di beni nazionali è lo stesso che attribuire all'acquirente, evinto in causa di sì fatto annullamento, una indennità da reclamarsi su 'l publico Tesoro; e che un simile reclamo è di sua natura una cosa puramente amministrativa. »

« Ora sembra che nè l'uno nè l'altro motivo sia applicabile al caso in questione. »

« E primamente non trattasi quì di annullare un Atto dell'Autorità amministrativa. L'aggiudicazione 12 Termidoro, anno IV., rimane intatta; essa riceve una completa esecuzione, comunque la presente Causa venga decisa; essa è pienamente eseguita decidendo in favore di Samuele Leboucq, mentre Samuele Leboucq acquistò il portico di Surgeres indefinitamente; essa è del pari pienamente eseguita, qualora si pronunci contro Samuele Leboucq, poichè nell'atto di vendere a Samuele Leboucq il portico di Surgeres l'Amministrazione dipartimentale ha espressamente dichiarato che non intendeva se non che di surrogarlo nei diritti della nazione, e ch'egli non avrebbe a goderne se non in quanto e nella maniera stessa in cui ne avessero goduto o dovuto godere i precedenti possessori, a cui la nazione era succeduta: possessori, fra i quali non si potè allora comprendere nè meno mentalmente Gio. Batt. Monville, dappoichè la sua porzione nel portico di Surgeres non era stata colpita dal sequestro nazionale. »

« D'altra parte pare evidente che in qualunque modo si statuisca nel merito della Causa, non ne risulterà il diritto di reclamare indennità veruna dal publico Tesoro. Abbia Samuele Leboucq o non abbia diritto alla porzione di Gio. Battista Monville nel portico di Surgeres, egli sarà niente meno obligato a pagare al Tesoro publico la totalità del prezzo della sua aggiudicazione: la sua aggiudicazione stessa ve lo obliga tanto in un caso, come nell'altro. »

« Sembra pertanto che quì non siavi un motivo ragionevole, un pretesto nè meno apparente, per sostenere che l'Autorità amministrativa fosse la sola competente per conoscere su la contestazione che di presente vi occupa. »

« Ed inutilmente vi si dice che il Tribunale d'Appello di Poitiers abbia pronunciato in un senso contrario a quanto avea attestato l'Amministrazione centrale della Charente inferiore co 'l suo Certificato del 15 Frimale, anno V. »

« Ci si presentano due risposte egualmente perentorie. »

« 1.° Il Certificato 15 Frimale, anno V., non era uno di quegli Atti dell'Autorità amministrativa, ai quali è proibito al potere giudiziario di contravenire. Altro è, per parte di un'Amministrazione, il fare ed il prescrivere ciò ch'è nelle sue attribuzioni; altro è intervenire come testimonio per attestare ciò che intese di fare e di prescrivere. Nel primo caso agisce veramente come Autorità, e niun Tribunale può decidere contro ciò ch'essa ha fatto e prescritto. Ma nella seconda ipotesi non agisce più come Autorità amministrativa; nella guisa stessa che un notajo più non agisce come tale quando dopo aver ricevuto un Atto, ed averlo rivestito di tutte le sue forme, si fa lecito di rilasciare un certificato su 'l senso e l'estensione che debbono avere le clausole di quell'Atto. »

« Come mai Samuele Leboucq può rimproverare al Tribunale d'Appello di Poitiers d'avere contradetto co 'l suo Giudicato il Certificato dell'Amministra-

zione della Charente inferiore? Egli dovrebbe almeno provare in prima d'avere prodotto questo Certificato avanti il Tribunale d'Appello di Poitiers: ciò ch'egli non fa. D'altronde non è supponibile ch'egli abbia prodotto questo documento avanti i primi Giudici, di cui il Tribunale di Poitiers ha confermato la Decisione, mentre la Sentenza di Prima Istanza è del 12 Frimale, anno V., e per conseguenza anteriore di tre giorni al Certificato di cui si tratta. »

« Aggiugniamo ancora, che questo Certificato nè meno fu prodotto davanti a voi; che voi non ne rinvenite se non che una semplice trascrizione nella prima memoria in Cassazione di Samuele Leboucq; e che quindi sotto tutti i rapporti le induzioni che ne trae Samuele Leboucq sono prive d'ogni fondamento. »

« Tali sono, C. M., le objezioni che a primo aspetto sollevansi contro il motivo d'incompetenza di Samuele Leboucq, e sembrano necessitarne la rejezione. »

« Ma, a dir vero, esse non sono insolubili; perocchè esaminandole con quella sagacità che distingue tutte le vostre Decisioni, riconoscerete ben tosto che non possono far sussistere la Decisione impugnata. »

« La più speciosa è senza dubio quella che risulta dalla maniera con cui la Sezione civile si è spiegata nell'anno VII. su 'l motivo d'incompetenza addotto da Samuele Leboucq. »

« Ma avvertiamo: in qual parte del suo Giudicato essa si è così spiegata? Non già nel dispositivo; e voi ben sapete che in una Sentenza il dispositivo è la sola parte che veramente si può qualificare come Giudicato. »

« La Sezione civile dell'anno VII. ha bensì fatto intendere ne' suoi motivi, che non credeva di dover cassare come incompetente la Sentenza avanti di lei impugnata. Ma nulla disse, nulla decise di più in proposito; e, quel che più importa, non rigettò il motivo d'incompetenza proposto da Samuele Leboucq. »

« Nè meno può dirsi che l'abbia rigettato implicitamente, non rimettendo al Tribunale che dovea giudicarne se non il *merito* della Causa. »

« Niuno più di voi lo sa, C. M.: questa maniera di parlare nelle Sentenze di Cassazione è puramente di stile; voi la impiegate unicamente per dire che rimettete le parti avanti ad un altro Tribunale per trattare la Causa di nuovo, come se la Sentenza fra di esse intervenuta non avesse giammai esistito; e la impiegate del pari quando cassate per motivo d'incompetenza, come quando cassate per motivo tratto dal merito propriamente detto » (1).

---

(1) Qui il sig. Merlin esamina due cose separate: cioè il *considerando* della Sezione, che non tiene luogo di cosa giudicata; e la frase di *rimettere in merito*, che non esclude il giudizio di competenza. Ma, di grazia, l'atto solo di rimettere la Decisione ad un Tribunale civile, quando la Causa essendo di competenza amministrativa i Giudici civili sono esclusi dal giudicarne, non prova forse ad evidenza che la Decisione ordinaria in via civile, fatta dal Tribunale di Cassazione, inchiudeva nella parte stessa *dispositiva* l'affermazione della competenza civile? Ma di più fu pure contestato il merito: il Tribunale di Cassazione non manifestò forse la sua mente anche su di esso? S'egli avesse pensato che i Tribunali civili non erano incompetenti, sarebbe stato assurdo ed impossibile legalmente che prendesse cognizione del merito d'una Causa, nella quale era ad essi vietato di pronunciare. Consta dunque che la Sezione civile giudicò positivamente essere la Causa di competenza civile.

« Nulla pertanto poteva ostare, perchè Samuele Leboucq riproducesse avanti al Tribunale d'Appello di Poitiers la questione di competenza, che avea proposto avanti il Tribunale civile di Deux-Sevres. »

« E da ciò solo ch'ei non l'ha fatto, non ne segue che il Tribunale d'Appello abbia dovuto astenersi dall'esame di sì fatta questione. »

« Non si può dire dell'incompetenza assoluta ciò che dicesi dell'incompetenza relativa. Questa è sanata dal consenso espresso o tacito delle parti; quella non è sanata da alcun Atto. »

« Ora se il Tribunale d'Appello di Poitiers era incompetente, lo era assolutamente, lo era *ratione materiae;* dovea quindi rimettere d'officio la Causa e le parti avanti all'Autorità amministrativa. »

« Competeva dunque all'Autorità amministrativa fin da principio la cognizione delle contestazioni insorte fra Leboucq e Monville? »

« Sì; e ben semplice n'è la ragione. »

« È certo che se con l'aggiudicazione 12 Termidoro, anno IV., l'Amministrazione centrale della Charente inferiore vendè a Samuele Leboucq la totalità del portico di Surgeres, Samuele Leboucq sarebbe per ciò solo divenuto proprietario incommutabile anche della porzione che Monville ne avea precedentemente acquistata, salvo il regresso di quest'ultimo contro il Tesoro publico per ripeterne il prezzo. Ciò risulta dall'art. 94. dell'Atto costituzionale dell'anno VIII. Ciò erasi già stabilito con l'art. 2. della Legge 24 Frimale, anno VI. »

« La questione da decidere fra le parti non è dunque se Monville all'epoca dell'aggiudicazione del 24 Termidoro, anno IV., fosse decaduto dalla proprietà della sua porzione di portico: conseguentemente non trattasi di sapere se con quell'aggiudicazione gli Amministratori del Dipartimento della Charente avessero potuto vendere la porzione di portico di Monville; ma se di fatto avessero venduto questa porzione. »

« Ora a quale Autorità può competere il dichiarare quale sia stata in proposito l'intenzione dell'Autorità venditrice? Senza dubio a quest'Autorità stessa. *Ejus est interpretari cujus est condere;* ecco la regola generale: e questa regola, nella sua applicazione alla vendita dei beni nazionali, è indipendente dall'interesse pecuniario della Republica. »

« Sia o no interessata la Republica in quanto un contratto di vendita fatto in suo nome sia interpretato in un modo più tosto che in un altro, convien sempre che l'interpretazione emani dall'Autorità che ha venduto; e poichè la vendita è stata consummata con un Atto amministrativo, conviene del pari che un Atto amministrativo concorra a determinarne gli oggetti, a circoscriverne l'estensione, e a fissarne i límiti. »

« Gli è ciò che ha dimostrato con la maggior evidenza, e deciso ad un tempo nel modo più positivo, il Decreto governativo del 5 Fruttidoro, anno IX., riferito nel *Bollettino delle Leggi,* n.° 98, § 820. » (1)

---

(1) Questo Decreto fu riportato per intiero nel *Giornale di Giurisprudenza Universale,* Tom. I. pag. 95 e seg. (*)

(*) Veggasi la Nota II. al n.° XIII. dell'*Appendice al Diritto amministrativo,* in séguito di questo Volume. (DG)

« Ma questo non è tutto. Abbiamo supposto che la Republica non avesse alcun interesse nell'attuale contestazione; ma una sì fatta supposizione non è esatta.»

« La Republica è interessata in quest' affare; perchè se Monville perdesse la lite, avrebbe necessariamente un regresso da esercitare contro il Tesoro nazionale, onde farsi pagare quella parte di prezzo dell'aggiudicazione 12 Termidoro, anno IV., che corrispondesse al valore computativo della sua proprietà. »

« Ora i Tribunali possono forse conoscere dell'estensione che si deve dare ad una vendita di beni nazionali, quando sia possibile che, per risultato del loro Giudicato, una delle parti divenga creditrice della Republica? »

« Gli è dimandare in altri termini, se il potere giudiziario possa aumentare il debito nazionale, e se il Tesoro publico sia a disposizione dei Tribunali. E certamente proporre una simile questione è lo stesso che scioglierla negativamente.»

« Noi siamo dunque a forza condotti ad una conclusione increscevole sì, ma però regolare: cioè, che se il Tribunale d'Appello di Poitiers ha ben giudicato, ha ecceduto i suoi poteri giudicando, ed in conseguenza evvi luogo ad annullare la sua Decisione. »

« Non vi proponiamo però di annullarla con una *cassazione* propriamente detta, che seco trarrebbe la remissione dell' affare ad un altro Tribunale d'Appello, onde far giudicare la questione di competenza, e quindi cagionerebbe alle parti, già consunte in ispese di procedura, nuovi dilungamenti e nuove spese.»

« Ma vi proponiamo di fare in questo caso ciò che fa mai sempre la Sezione dei ricorsi allorchè trova che il potere giudiziario si è arrogata l'autorità amministrativa; cioè di convertire la domanda in cassazione della Sentenza, di cui trattasi, in domanda di regolamento di competenza; e senza aver riguardo a questo Giudicato, non meno che a quello del Tribunale di Prima Istanza, che verranno dichiarati nulli e come incompetentemente pronunciati, di lasciare in libertà le parti a ricorrere avanti l'Autorità amministrativa, per essere loro fatta giustizia come di ragione. »

« A ciò noi conchiudiamo, ed inoltre domandiamo venga ordinato che a nostra diligenza il Giudizio che verrà pronunciato sia stampato e trascritto su i registri del Tribunale d' Appello di Poitiers. »

« Sopra queste conclusioni, e dietro rapporto del cittadino Liborel, nel 16 Piovoso, anno XI., fu pronunciata la seguente Decisione. »

« Vista la Legge 16 Fruttidoro, anno III., portante: *è reiteratamente proibito ai Tribunali di conoscere degli Atti d'Amministrazione di qualunque specie, sotto le pene di Diritto;* »

« L' art. 4. della Legge 28 Piovoso, anno VIII., così espresso: *il solo Consiglio di Prefettura pronuncierà su 'l contenzioso del Demanio nazionale;* »

« Ed atteso che l' azione esercitata da Monville tende a porre in questione l'estensione e l'effetto dell'aggiudicazione fatta a Leboucq del portico di Surgeres; che non compete ai Tribunali di decidere le questioni che possono insorgere su ciò ch' è stato compreso nelle vendite fatte dall' Autorità amministrativa; che nel sistema contrario dipenderebbe da essi, sotto la forma di spiegazione o d' interpretazione, di modificare, snaturare, anzi distruggere gli Atti

dell'Amministrazione, ed autorizzare in conseguenza le dimande d'indennità contro il Governo; d'onde segue che i Tribunali non potevano conoscere della contestazione insorta fra le parti, a meno che l'Autorità amministrativa stessa non ne avesse fatta loro la remissione; e la loro incompetenza essendo pronunciata per ragione di materia, ed attinta nell'ordine publico, non trovasi sanata dal silenzio delle parti » (1);

« Cassa ed annulla tanto la Sentenza pronunciata dal Tribunale d'Appello di Poitiers del 23 Ventoso, anno IX., quanto quella del Tribunale civile della Charente inferiore del 12 Frimale, anno V., nonchè la procedura su cui le dette Sentenze intervennero; salvo alle parti di ricorrere ai Corpi amministrativi, perchè loro sia fatta ragione come sarà di diritto » (2).

Nota II. al § 785, pag. 421.

Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale*, Tomo II. pag. 297 a 305.

Dopo che una particolare Direzione demaniale diede in affitto un diritto di pascolo, qual era prima esercitato in un dato Comune, senza specificare i fondi che vi erano soggetti, il conoscere fra alcuni privati e il Demanio stesso la questione non della sussistenza del contratto, ma della mera esistenza della servitù, o anche se certi fondi particolari siano o no soggetti alla mentovata servitù, spetta ai Tribunali ordinarj.

(Tra Pietro Novelli e consorti da una parte, e la Direzione del Demanio nel Dipartimento del Passeriano dall'altra.)

FATTO.

Sotto li 15 Aprile 1806 venne publicato negli Stati ex-veneti il Reale Decreto, che avocò al Demanio *le privative, la giurisdizione, i dazj, i diritti regali d'ogni natura annessi ai feudi, o per qualsivoglia titolo posseduti od eserciti così dalle Comuni, come dai privati.*

La Direzione del Demanio del Dipartimento del Passeriano ritenne che in tale avocazione fosse pure compreso il così detto *diritto di pensionatico.* Esso consisteva nell'accordare od affittare ad una Comune o ad un privato il diritto di pascolare le pecore nei prati e campi di un determinato territorio.

La Direzione publicò pertanto gli Avvisi per l'affitto del *diritto di pensionatico*, o *posta di pecore*, esercibile in varie Comuni, fra le quali trovavasi quella di Mortegliano. Questa Comune reclamò alla Direzione del Demanio, asserendo

---

(1) Parole identiche del citato Decreto governativo 5 Fruttidoro, anno IX., riportato nel *Giornale di Giurisprudenza Universale*, Tom. I. pag. 95 e seg. (*)

(*) Veggasi la Nota II. al n.° XIII. dell'*Appendice al Diritto amministrativo*, in séguito di questo Volume. (DG)

(2) Merlin, *Questions de Droit*, v. *Biens nationaux*, Tom. II. pag. 25 e seg.

che ivi non era mai stato vigente diritto alcuno *di pensionatico*, e che per conseguenza il Demanio non poteva passare all'affitto del diritto medesimo. Ritenutosi dal Demanio insussistente il ricorso di quella Comunità, e dichiarando che non constava dell'esercizio d'un tale diritto *di pensionatico*, passò all'affitto del diritto medesimo, esercibile in Mortegliano, a certo Vittor Prunia, sotto le condizioni e discipline portate dai Regolamenti veneti.

Allora alcuni dei possessori di quella Comunità, cioè Pietro Novelli, Giambattista Pinzani, ed altri consorti, citarono avanti la Corte di Giustizia la Direzione del Demanio, all'oggetto di far decidere, « che non avendo mai avuto la Comu» ne di Mortegliano alcun titolo d'affittare poste di pecore nelle sue pertinenze, » non si potesse dalla Direzione del Demanio, per l'avocazione generale di si» mili diritti fatta dalla Direzione stessa, comprendere un mal supposto diritto » di posta di pecore nella detta Comune di Mortegliano, a pregiudizio di detti » possidenti; ma dovessero restar liberi ed esenti da tale servitù. »

In sostegno della loro domanda producevano essi varj documenti e Decreti, dai quali dicevano risultare che non esisteva nella loro Comune alcuna posta di pecore.

La Direzione del Demanio, senza entrare in alcun'altra contestazione, si limitò ad opporre che la domanda degl'istanti, vertendo sopra un argomento che ha il carattere d'un diritto regale avocato allo Stato, la questione veniva a versare necessariamente su l'intelligenza ed applicazione delle Leggi e dei Regolamenti di publica Amministrazione, e che per conseguenza non era di competenza dei Tribunali.

In vista di una tale eccezione venne sospeso il Giudizio. L'affare venne in séguito inoltrato alla cognizione del Consiglio di Stato, onde venisse dichiarata la competenza.

Osservazioni e Motivi.

Dalla esposizione del fatto risulta che qui si disputa:

1.° Se il Demanio, qual successore nei diritti avocati di servitù feudali prima esistenti nella Comunità di Mortegliano, abbia acquistato la servitù attiva di pascolo, denominata *di pensionatico*, l'esistenza della quale fu appunto *negata in fatto*.

Questa controversia, considerata per sè stessa, non può essere di competenza amministrativa, come non poteva esserlo fra la Comune e i privati, o fra privato e privato, perchè essa si risolveva nella cognizione se i dati fondi fossero o no soggetti alla detta servitù feudale; lo che è di competenza giudiziaria.

2.° Ma co 'l contratto di affitto di questo preteso diritto fatto dal Demanio si è forse variata la competenza? Per rispondere con discernimento conviene rilevare il punto preciso della controversia. Forse gli opponenti vogliono interpretare le clausole? No. Forse vogliono colpire la disposizione essenziale del contratto? Nè meno. Imperocchè gli Attori non conclusero domandando l'annullazione del contratto di affitto, nè pretesero d'interpretarne la mente e di determinarne il contenuto; ma unicamente si limitarono a far decidere dall'Auto-

rità civile la questione originaria, se nella Comune di Mortegliano esistesse o no il preteso diritto *di pensionatico*, onde poi sottrarre i loro fondi da tale servitù. Tale questione, come fu già notato, era ed è di competenza puramente civile. Qualunque fosse la Decisione, rimaneva sempre intatta la competenza dell'Autorità amministrativa a conoscere se la locazione fosse o no sussistente; e per questo punto le parti si dovevano rivolgere all'Autorità amministrativa.

Nè osta a ciò, che la decisione civile potesse in via di conseguenza logica pregiudicare l'amministrativa, mentre, come si vedrà più sotto nella Causa Lenormand e Demissy (*in séguito di questa Nota*) (1), con la Decisione di puro diritto originario civile non si attenta contro il potere amministrativo, bastando al medesimo di avere *la facoltà di neutralizzare o di modificare il giudizio nel tempo della sua esecuzione secondo le regole amministrative*. La competenza amministrativa non viene violata con mere dichiarazioni di puro Diritto, ma bensì con Decisioni ed Ordinazioni che vanno a colpire il fatto e a turbare le disposizioni dirette dell'Autorità amministrativa. È quindi libero al potere giudiziario di occuparsi della questione civile, purchè non trascenda i límiti della cognizione del puro diritto originario spettante alla ragione civile privata.

Un'altra ragione si può soggiungere nel caso concreto. Se i proprietarj privati si fossero limitati ad opporre solamente la libertà dei loro fondi particolari, senza far uso della ragione generale competente a tutta la Comune, o riguardante l'universalità dei fondi compresi nel circondario della Comune; o se questa causale, benchè generale, non si considerasse operativa di diritto che fra le sole parti litiganti; forse che se i privati avessero concluso contro l'*applicazione* rispetto a loro dello stesso contratto d'affitto, avrebbero promossa una questione di assoluta competenza amministrativa? Sembra di no; perchè può stare benissimo il contratto, e può stare eziandío che certi fondi fossero liberi dalla servitù. Nel contratto non si disse nè che tutti i fondi della Comune fossero soggetti al jus del pascolo, nè che quelli degli opponenti sopportassero questo aggravio. Fu affittato un diritto *in genere*, quale poteva competere alla Comune o ad altri, e nulla più.

Forse si vorrebbe per analogía argomentare della vendita fatta di un fondo preteso nazionale, che si dísputa essere di privata proprietà, all'effetto di un diritto o di una servitù nei termini sovra indicati? Questa illazione non sarebbe ragionevole. L'alienazione di un fondo è così legata all'oggetto, che non si può dividere; e però la disposizione del contratto è indivisibile dall'oggetto medesimo. Per lo contrario l'affitto di un diritto *generico*, che può cadere sopra certe proprietà e non sopra certe altre, lascia la libertà di diritto a quei fondi che prima la godevano; dimodochè il contratto fatto del diritto, senza specificarne gli oggetti, ammette sin da principio, e nel senso stesso della sua disposizione, il giudizio di verità senza soffrire veruna innovazione, e senz'alcuna violazione delle competenze dell'Autorità che passò all'affitto.

---

(1) Veggasi anche la Decisione della Corte di Cassazione del 9 Agosto 1809, riportata da Sirey nel suo Giornale di detto anno, Parte I. pag. 411.

D'altronde si potrebbe disputare se qui la Direzione demaniale abbia praticato un atto di semplice economía, ovvero un atto di vera autorità amministrativa; specialmente dopo l'opposizione fatta dalla Comunità di Mortegliano, la quale non poteva d'altronde agire in giudizio senza la conveniente autorizzazione.

« Ad ogni modo egli è incontrovertibile (dice il Consiglio di Stato nel suo Rapporto), che qualunque possa essere l'indole del jus *di pensionatico*, onde ritenerlo in massima compreso o no nella generale avocazione portata dall'art. 1.° del Reale Decreto 15 Aprile 1806, non può mai ritenersi avocato e trasfuso in esso Demanio il suddetto diritto, pe 'l corrispondente di lui esercizio in concorso e a carico dei possessori di un determinato Comune, se non in quanto anteriormente sussistesse questo diritto, e competesse in favore delle rispettive Comuni o di private persone. »

« Anche la Direzione del Demanio, nella Supplica presentatale dal Comune di Mortegliano per l'esclusione di un tal esercizio nel suo Distretto, appoggiò la negativa alla circostanza, che constava dell'esistenza di tale jus esercibile nel Distretto della Comune di Mortegliano. »

« Da ciò deriva, che la domanda proposta dai diversi possessori di Mortegliano contro il Demanio per escludere l'esercizio di un tal diritto su i loro possedimenti in essa Comune, su 'l motivo che ivi non esisteva alcun diritto o titolo *di pensionatico*, costituisce un oggetto di questione preliminare e pregiudiziale sopra un nuovo punto di fatto di piena competenza dei Tribunali, in quella stessa guisa che lo sarebbe stato se tale questione si fosse promossa dai possessori in concorso della Comune prima del Decreto 15 Aprile 1806. »

« Di fatto, limitata la ispezione ai prenunciati termini, come precisamente raccogliesi dalla petizione e dalle successive conclusioni degli Attori, non trattasi ora di riconoscere se il diritto *di pensionatico* sia o no regale, e quindi compreso nell'avocazione portata dal suaccennato Decreto; come non trattasi nè pure di vedere se l'esercizio di questo diritto lesivo in massima della proprietà, pregiudizievole all'agricultura, e che non percuote la generalità dei paesi, considerato anche come *regale* o *privativo*, possa essere continuabile dal Demanio, malgrado l'attuale piena attivazione nei paesi veneti delle leggi dello Stato su le imposizioni indirette; il che potrà forse in ogni caso essere soggetto delle particolari considerazioni e providenze del Governo: ma trattasi soltanto, come già si avvertì, di riconoscere se in fatto competesse alla Comune, da cui si pretende avocato il controverso diritto *di pensionatico* su i fondi ricorrenti, ciò che forma certamente oggetto di giudiziaria discussione » (1).

DECRETO.

NAPOLEONE ec. — EUGENIO NAPOLEONE ec.

Sopra Rapporto del Gran-Giudice Ministro della Giustizia, degli 11 Luglio 1808, N.° 14272;

(1) Rapporto del 21 Luglio 1808.

Sentito il Consiglio di Stato, decreta:

La Causa introdotta da Pietro Novelli ed altri consorti in lite contro la Direzione del Demanio nel Dipartimento del Passeriano, in punto che non avendo mai avuto la Comune di Mortegliano alcun titolo o diritto di affittare poste di pecore nelle sue pertinenze, non si possa questo diritto nelle pertinenze suddette a pregiudizio di essi istanti e loro beni esercitare dal Demanio, non involge allo stato degli atti oggetti di publica amministrazione.

Il Gran-Giudice Ministro della Giustizia è incaricato della esecuzione del presente Decreto (dei 13 Agosto 1808).

Dal Giornale suddetto, e dal medesimo Volume II. pag. 317 a 322.

Quando il Tesoro publico è creditore ad un tempo stesso di due contabili falliti, i beni dei quali furono sequestrati dallo stesso Tesoro; se un debitore di ambidue, previa autorizzazione, facia un pagamento allo stesso Tesoro per conto di ambidue, anche in via di alternativa, il decidere la questione fra uno dei contabili e il debitore suddetto, se una parte del pagamento fatto da questo divenga liberatoria *rispetto al contabile medesimo, appartiene all'Autorità amministrativa.*

Appartiene nello stesso affare all'Autorità giudiziaria il decidere fra lo stesso contabile e il debitore la sola questione, se siasi verificata la condizione alla quale stava legato l'obligo e la esigibilità del credito controverso (1).

FATTO.

Nel giorno 26 Luglio 1787 Demissy si costituì debitore verso Lenormand, Ricevitore generale delle Finanze di Parigi, di settanta mila lire, pagabili nel giorno 8 del mese di Ottobre dello stesso anno. Prima che scadesse il termine del pagamento, e così sotto il 18 Agosto, fu convenuto dalle parti che la suddetta somma non sarebbe pagabile se non nel caso in cui una pari somma

---

(1) La questione di competenza dell'Autorità amministrativa, in un affare che in genere è di competenza civile, si può presentare in tre modi principali; cioè: 1.° come questione *assorbente*, ed allora la soluzione è semplice e risoluta; 2.° come questione *pregiudiziale*, ed allora la decisione civile rimane sospesa; 3.° come questione *concorrente*, ed allora la decisione civile può essere contemporanea.

Fa d'uopo di un buon discernimento per rilevare i limiti delle due attribuzioni, ossia meglio l'oggetto preciso su 'l quale possono cadere le rispettive Decisioni. Non si deve dunque pensare che l'una o l'altra Autorità siano escluse dal giudicare per ciò solo, che o l'una o l'altra sono competenti a pronunciare nello stesso affare. Un esempio di questa osservazione lo riscontriamo nel seguente caso, nel quale v'ha una questione e una Decisione di publica amministrazione *concorrente* con una di competenza giudiziaria. Posto che l'Autorità amministrativa in un affare di sua natura civile non può agire che in via di *eccezione*, è necessario che la superiore Decisione sia precisa e limitata; altrimenti con una vaga enunciativa corre pericolo di violare quella competenza ch'essa voleva regolare.

venisse scontata al Demissy dalla massa di Duperrey, ch'era caduto in fallimento, e i di cui beni erano stati posti sotto sequestro per debito verso il Tesoro publico. È da notarsi che Demissy era debitore verso la massa Duperrey della somma di 226,000 lire.

Demissy innoltrò la sua domanda al Consiglio dei creditori della massa Duperrey, ed ottenne uno sconto provisionale delle lire 70,000; quindi Demissy rimase ancora debitore alla massa di lire 156,000.

Lenormand creditore di Demissy alcun tempo dopo fallisce anch'esso, e i suoi beni sono sequestrati per debito verso il Tesoro publico, come quelli di Duperrey.

Siccome la legge autorizzava tutti quelli ch'erano debitori di persone assoggettate a sequestro nazionale a liberarsi dal debito pagando in mano dei publici Ricevitori; così Demissy, trovandosi debitore verso Duperrey e verso Lenormand, ambidue soggetti al detto sequestro, divisò di estinguere con questo mezzo il suo debito. Per la qual cosa egli presentò una duplice petizione all'Amministrazione del Distretto della Rocella (oggidì Vice-Prefettura), con una delle quali domandò d'essere autorizzato a versare nella Cassa nazionale le lire 156,000, di cui trovavasi residuo debitore verso la massa Duperrey, e con l'altra di versare le lire 70,000 dovute condizionalmente a Lenormand o per esserne liberato da questo nel caso che gli venisse definitivamente scontata dalla massa Duperrey, o per essere poste in conto di saldo di tutta la somma delle lire 226,000 dovute a Duperrey nel caso che lo sconto convenuto con Lenormand non potesse aver luogo.

Demissy ottenne dall'Amministrazione distrettuale due Ordinanze, sotto li 6 e 9 Fiorile dell'anno III., con le quali fu autorizzato a fare il pagamento giusta le domande da lui presentate. Queste Ordinanze furono approvate con due altre emanate il 2 Pratile seguente dall'Amministrazione centrale del Dipartimento della Charente inferiore. In conseguenza sotto il 14 dello stesso mese Pratile venne effettuato lo sborso nella Cassa del Tesoro publico.

Muore Lenormand. Gli eredi di lui nell'anno XIII. domandano a Demissy il pagamento delle lire 70,000 segnate nel *vaglia* del 16 Luglio 1787, e contemplate nell'Atto 18 Agosto dello stesso anno.

Qui nasce la questione, se questa somma sia divenuta esigibile dagli eredi Lenormand, e se sia dovuta dal Demissy ai medesimi.

Il Tribunale civile di Parigi decide l'uno e l'altro punto affermativamente; e senz'avere riguardo allo sborso fatto da Demissy fin sotto il giorno 14 Pratile, anno III., alla Cassa publica, condanna il Demissy a pagare di nuovo agli eredi Lenormand le mentovate lire 70,000.

Demissy interpone l'appellazione avanti alla Corte d'Appello di Parigi; ed essa con Decisione del 1.° Dicembre 1807 conferma la Sentenza di Prima Istanza del Tribunale civile.

Demissy ricorre in Cassazione, allegando per motivo la violazione delle leggi inibenti ai Tribunali di attentare contro gli Atti dell'Autorità amministrativa. La violazione di tali leggi si verificava in questo caso, perchè la Corte d'Ap-

pello di Parigi aveva dichiarato *nullo* un pagamento fatto in esecuzione di Atti emanati dall'Autorità amministrativa.

DECISIONE.

« La Corte su le Conclusioni conformi del sig. Giraud sostituto del Procuratore generale; »

« Visto l'art. 13. del Titolo II. della Legge 24 Agosto 1790, e la Legge del 16 Fruttidoro, anno III.; »

« E attesochè la Corte d'Appello di Parigi, essendo stata legalmente avvertita dalle Conclusioni delle parti dell'esistenza di un Atto amministrativo presentato come liberatorio, essa doveva riconoscere i limiti de'suoi poteri, e limitarsi a giudicare la questione dell'adempimento della condizione convenzionale e della esigibilità del credito litigioso, che sola era di competenza giudiziaria; »

« Che passando oltre, e pronunciando una condanna assoluta ed attuale di pagamento del mentovato credito, prima che sia stato completamente giudicato dell'effetto della liberazione che il ricorrente fa risultare dall'Atto amministrativo, la Corte ha ecceduto i suoi poteri, e attentato contro l'Autorità amministrativa..... Cassa, ec. »

Del 16 Maggio 1809 — Sezione civile.

Presidente M. Muraire — Relatore M. Borel (1).

---

(1) Sirey, *Recueil général*, ec. Parte I. pag. 256. — In un pagamento fatto dal Tesoro ad un privato interviene sempre un Atto di Autorità amministrativa. Esso interviene pure in un pagamento ricevuto da lui, qualunque glie lo facia. Appartiene dunque all'Autorità amministrativa il conoscere di ogni questione cadente su tali pagamenti (vedi Sirey, 1808, pag. 133). La competenza amministrativa è vie più avvalorata quando da sì fatta operazione emerge necessariamente un'azione di credito publico in caso d'una Decisione che ne pronunciasse la illegalità. Che se in questo pagamento sia involto l'interesse del terzo, che debba aspettare la Decisione amministrativa su l'*effetto* del pagamento presso il Tesoro, onde poter poi esercitare la sua azione in via civile verso il pagatore, non potrà certamente l'Autorità giudiziaria pronunciare una Decisione relativa all'effetto medesimo, come nel caso ora riportato; ma dovrà aspettare la Decisione amministrativa, onde poi pronunciare la condanna in via civile.

Nel caso dunque ora ricordato la questione *concorrente* amministrativa era nello stesso tempo *pregiudiziale* della civile quanto alla condanna effettiva di pagamento.

SU LE FORME
DEI
TESTAMENTI

PRIME MATERIE E QUESTIONI

SOPRA

LE FORME TESTAMENTARIE

Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* del 1812, Tom. IV. pag. 6 a 27.

---

§ 789. A fine di determinare la scelta io osservo che nei primi tempi, ne' quali si è attivata la nuova Legislazione, sono insurte parecchie questioni su l'importante materia dei testamenti. Omettendo le questioni di Diritto transitorio, le quali non formano parte delle collezioni publicate, e che con l'andare degli anni vanno o più presto o più tardi a cessare, quì cadono in considerazione le questioni di *forme*, le quali versando sopra un oggetto finito e positivo, sono pure di loro natura circoscritte ad un numero non molto grande; e si può prevedere che co 'l tratto del tempo o non si riprodurranno, o ne sarà prevenuta la decisione. Io incomincio quindi da queste, come più adattate all' epoca in cui viviamo, e più opportune a prevenire li sbagli di coloro che ricevono i testamenti.

§ 790. E quì giova avvertire, che in materia di *formalità estrinseche* la ricerca della conseguente esecuzione od omissione, e quindi della validità od invalidità di un Atto, sembra a prima vista che non dovesse soffrire questioni; o se pure si eccitassero, ne dovesse riuscire facile ed evidente la soluzione. Siccome da una parte il giudizio di fatto, se sia stata o no eseguita una formalità estrinseca, è, per così dire, un affare più tosto di occhi che di raziocinio, attesochè deve risultare dalla sola lettura dell'Atto, nè può ammettersi veruna prova suppletoria fuori dell'Atto medesimo; e dall'altra il giudizio di validità o di nullità altro non è che un immediato risultato del riscontro fatto dell' Atto materiale co 'l testo della legge; ed a ciò basta la mera intelligenza del contenuto della legge medesima: così pare non poter esservi luogo a questioni, o almeno ch' esse siano di una facilissima soluzione. Guai

se in materia di nullità fosse lecito argomentare con la stessa maniera che si usa nelle materie di Diritto intrinseco! Questa maniera (quanto alle formalità) è cosa proscritta dalla ragione e dalla legge, come si dirà più sotto. Le nullità sono di strettissima interpretazione, e vanno trattate a guisa delle cose penali, perocchè la nullità pronunciata dal Legislatore è una vera pena.

§ 791. Ad onta di tutto ciò, l'esperienza comprova pur troppo che sono insorte ed insorgono tuttavía questioni di nullità, le quali seriamente occupano la cura dei Tribunali giudiziarj. Ma come può avvenire ciò? Quì convien distinguere le questioni, dirò così, storiche, da quelle che non sono tali; quelle che versano su la ricerca, se la forma sia stata o no adempiuta, da quelle che versano su la regolarità dell'esecuzione della medesima. Quanto alle prime, siccome in esse non si controverte se la legge abbia colpito di nullità l'inosservanza di una determinata forma (a meno che non si voglia, per un apertissimo eccesso di potere, fare un'aggiunta alla legge, estendendo la nullità a fatti, ai quali il Legislatore non l'appose); così si dísputa più tosto su 'l fatto concreto, cioè se esso sia il caso contemplato dalla legge, o no.

§ 792. Ma come può mai ciò avvenire? Quì convien distinguere questione da questione. Altre di esse cadono su la condizione delle persone necessarie alla celebrazione dell'Atto, avuta relazione alla sua validità; ed altre cadono su la espressione dello scritto che deve far fede delle cose volute dalla legge. Volendo noi parlare di queste ultime, si domanda di nuovo com'esse possano aver luogo, postochè ogni cosa deve risultare dalla semplice lettura dell'Atto. La formalità da osservarsi non è forse chiaramente espressa nel testo della legge? Su ciò non v'è dubio. Forsechè si pretende che la legge debba dichiarar nullo un altro fatto espressamente non contemplato da lei? Nè meno. Forsechè si vuole estrinsecamente provare che sebene l'esecuzione dell'Atto non sia stata formalmente enunciata nel documento, ciò non ostante essa fu veramente effettuata? Nè meno. Ridotta la cosa a questi angusti limiti, dove dunque può cadere la questione di fatto, se sia o no intervenuta una nullità? Eccolo.

§ 793. La legge ha bensì comandata l'osservanza di una data formalità sotto pena di nullità, ed ha pure comandata la menzione della di lei esecuzione; ma nello stesso tempo non ha prescritto con quale locuzione ossia con quali parole questa menzione debba esser fatta nel rispettivo documento. Da ciò segue, che sebene non si possa nè si ardisca disputare su la necessità della esecuzione medesima e della rispettiva

menzione espressa, ciò non ostante si disputa ancora della verità di fatto dell'esecuzione della formalità, perchè si pretende raccoglierne la prova mediante parole diverse, o enunciative dirette o indirette, o sparse o unite nel documento medesimo.

§ 794. Tutte le questioni pertanto, non apertamente temerarie, che vengono eccitate in punto d'esecuzione di fatto di formalità estrinseche nei testamenti, o in qualunque altro Atto che importi la menzione espressa, in ultima analisi sono questioni filologiche, nelle quali si tratta dell'EQUIPOLLENZA, ossia dell'intrinseca identità di significato delle frasi impiegate nel documento, con le frasi usate dal Legislatore (1). Quì la parola *significato* si riferisce, come ognun vede, alla realità del fatto, e come connotante la storia dell'effettiva esecuzione della formalità; e per conseguenza la parola *significato* quì non si assume in un senso puramente grammaticale, co 'l quale venga indicata l'idéa immediata annessa al singolare vocabolo; ma bensì viene impiegata in senso logico, cioè come esprimente l'esistenza passata di quello stesso fatto voluto dalla legge, benchè sotto altri vocaboli anche in ordine diverso.

Ecco in che consiste l'*equipollenza*, che forma e può ancora formare oggetto di controversia in punto di nullità di un Atto, pe 'l solo titolo del fatto della esecuzione o inesecuzione di una formalità estrinseca stabilita dalla legge.

§ 795. Ho detto per solo titolo del fatto di esecuzione o d'inesecuzione. Con ciò intendo esprimere la mera esistenza o inesistenza dell'esecuzione apparente di una data formalità; e ciò per non escludere le altre questioni, le quali cadono più tosto su 'l modo della esecuzione medesima, benchè non si contenda che la formalità rapporto alla sua materialità sia stata adempiuta di fatto; ma solamente si disputi se lo sia stato convenevolmente, o per rapporto alla località ed al tempo, o per qualunque altro motivo. Così, per esempio, non si potrebbe negare che dalla lettura di un dato documento non apparisca che la menzione della tale formalità non esista. Ma nello stesso tempo si può disputare se la menzione stessa essendo stata fatta dopo la firma del testatore e dei testimonj, si abbia o no adempiuto all'intenzione del Legislatore, e per conseguenza se l'Atto sia valido o nullo. Lo stesso può aver luogo per

---

(1) *Est enim Philologia sermonis studium et cura; quae circa verba versatur, eorumque tradit historiam, dum eorum origines et progressus enarrat, et sic per linguae aetates dispensat, ut eorundem teneat proprietates, translationes et usus.* (Vico, *De uno universi Juris principio et fine uno*, Lib. II. Part. II. — *De constantia Philologiae*, Capo I.)

ogni altro caso simile, nel quale si questiona su 'l semplice modo di eseguire la legge.

§ 796. Quì le cose cangiano d'aspetto, ed il punto della controversia involge altri rapporti. Il primo punto capitale che si presenta allora alla mente si è, se il Legislatore abbia veramente ed espressamente stabilito che l'Atto venga adempiuto più tosto in quella data maniera, che in una data altra; e però in questi casi la dísputa si affaccia in un aspetto inverso di quello della *equipollenza*, di cui abbiamo discorso. Ivi il senso della legge si suppone chiaro ed incontrovertibile, e l'ispezione non cade che su 'l *fatto;* e precisamente se la menzione sia equivalente a quella voluta dalla legge. Quì per lo contrario si ammette in fatto la esecuzione di una data formalità, e disputandosi solamente del modo, la ispezione si risolve per primo capo, se questo modo preteso sia pur voluto dal Legislatore. Laonde è manifesto che nei due casi la ispezione è totalmente diversa, benchè nell'uno e nell'altro caso convenga impiegare l'Ermeneutica legale (1).

§ 797. Ad ogni modo tosto si offre alla mente il seguente dilemma: o il Legislatore ha espressamente stabilito che la data funzione particolare (di cui non si nega l'esistenza e la menzione in un dato documento) venga eseguita nella data maniera, e per esempio nel dato luogo preciso del-

---

(1) *Insignem Critices partem constituit Hermeneutica. Si ex sententia Quintiliani, Lib. XII.* Inst. Orat. *Cap. II., quaestio Juris omnis aut verborum proprietate, aut aequi disputatione, aut voluntatis conjectura continetur: Hermeneutica nusquam latius diffusa cernitur, quam in Jurisprudentia. Constat autem ars ista non solum preaceptis grammaticis et logicis, sed et Jurisprudentiae propriis.* Heumanni *Apparatus Jurisprudentiae,* Cap. XXVIII. § CCXIX. *De Critica et Hermeneutica,* pag. 219.

La Filología e l'Ermeneutica differiscono fra loro come una parte ed un tutto, mentre l'Ermeneutica assorbe anche la Filología; ma essa si estende più, perchè non solamente si restringe alla spiegazione verbale, ma abbraccia eziandío la parte intenzionale del Legislatore, dedotta per principio di ragione dalle frasi da lui impiegate. Essa però è di puro fatto positivo; lo che dà luogo a segnarne la differenza con la Esegetica, la quale si estende ancora di più, perchè impiegando essa i principj logici e di Diritto anche naturale, abbraccia tutte le fonti d'interpretazione, e si estende eziandío ai casi non contemplati dalla legge, e li scioglie con induzioni di ragione e di Diritto. *Etsi Exegetica quodammodo historica sit, enarrat enim, quis de facto sensus fuerit Legislatoris; tamen quia latissime fusa est, merito separatim tractatur. Duplex autem est, alia* EX TEXTU, *alia* AD TEXTUM. *Illa ex variis textibus simul, non ordine textuum, sed aliquo colligitur; haec κατα ποδα ad ipsos textus accommodatur, librisque immediate alligata est. Illa pertinet ad Philologiam Juris, ad imitationem Philologiae sacrae Sal. Glassii; haec ad Commentarios Juris.* Leibniz, *Nova methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae,* Pars II. § 42, pag. mihi 197.

D'onde si deduce che la Filología forma parte dell'Ermeneutica, ed ambedue formano parte dell'Esegetica, la quale si estende ancora di più, poichè abbraccia ogni questione di Diritto.

l'Atto, e prima o dopo di quella data altra funzione componente l'Atto medesimo; ovvero il Legislatore medesimo su ciò si taque. Nel primo caso non può cadere controversia veruna, posta l'ipotesi che non si contende su 'l fatto dell'esecuzione. Se si disputasse su ciò per una confusa menzione, in tal caso non avrebbe luogo altra questione, che quella dell'equipollenza della menzione, della quale sopra si è ragionato.

O il Legislatore non ha espressamente ordinato il come, il luogo, e le altre particolarità che formano la *maniera* con la quale si dovrà eseguire la data funzione o formalità; e in questo caso ha luogo una questione d'interpretazione legislativa, non però ad effetto di stabilire per identità di ragione una nullità non pronunciata dalla legge, ma ad effetto soltanto di dedurre da espressioni non ben definite l'intenzione su 'l *modo* di eseguire la prescritta formalità positiva della legge medesima. D'onde segue, che in ultima analisi la questione diviene in un certo senso filologica, benchè per altro abbia tutta l'importanza d'una questione di Diritto statuente, perocchè alla fine trae seco la nullità dell'Atto. Se a prima vista quì una decisione erronea non presenta un così mostruoso eccesso di potere, come nel caso d'introdurre una nullità non pronunciata dal Legislatore; ciò non ostante nel fondo non vi è differenza nè quanto all'effetto, nè quanto al modo: stantechè si produce sempre la nullità, e si aggiunge alla disposizione della legge tanto con l'introdurre una nuova forma sotto pena di nullità, quanto una nuova maniera non prescritta dal Legislatore nell'eseguire la formalità stabilita.

§ 798. Ho detto di sopra, che la questione di nullità su la *maniera* non espressa di eseguire una formalità stabilita sotto pena di nullità, diviene per primo capo questione filologica. Un esempio chiarirà meglio questo pensiero.

Sopra si è osservato a modo d'esempio (§ 795), che il Legislatore ha prescritta una particolare formalità in un Atto publico; e sia questo un testamento. Avendone ordinata la menzione, ed avendo pure ordinata la sottoscrizione del testatore e dei testimonj, in un Atto per altro in cui interviene necessariamente il Notajo, e nel quale l'attestazione entra come parte integrante; si potrebbe dimandare se una menzione fatta posteriormente alla predetta sottoscrizione si possa intendere fatta *nell'atto stesso* del testamento, o *fuori* del testamento.

§ 799. A prima giunta si rileva che la menzione esiste indubitatamente nel documento autentico che contiene il testamento medesimo. Se dunque alla domanda piacesse di rispondere negativamente, non si potrebbe però mai negare (*dire*) che la menzione sia fuori del docu-

mento. Dunque la disputa in ultima analisi si ridurrebbe a vedere se tutto il contenuto nel documento si debba riguardare e denominare come *Atto*, oppure se questa denominazione debba limitarsi soltanto alle cose scritte prima della firma del testatore e dei testimonj, compresa anche la firma medesima. Allora, come ognun vede, si tratta di spiegare qual senso si debba annettere alla parola *Atto*, come cosa contemplata dal Legislatore; e dalla soluzione di tale questione pregiudiziale dipenderebbe interamente la soluzione della questione di diritto su la regolarità od irregolarità della collocazione della menzione fatta dal Notajo nel documento medesimo, e quindi su la validità o nullità dell'Atto da lui rogato.

Queste ispezioni essendo tutte dipendenti dalla natura e dai limiti della definizione della parola *Atto*, e precisamente dell'Atto testamentario voluto dalla legge, si risolve in ultima analisi in una questione di *nome legale*, la quale siccome importa il conseguente effetto della nullità, deve perciò essere risoluta luminosamente. Da ciò si vede che le questioni di formalità estrinseche, riguardanti anche il *modo* della loro esecuzione (nel che si comprende il tempo, il luogo, il come, ed ogni altra qualità subalterna all'esistenza), finalmente si risolvono per primo capo in questioni di significazione, e in largo senso sono tutte filologiche.

§ 800. Salendo al principio regolatore, troviamo che l'osservanza delle dette formalità in tanto esiste agli occhi del Legislatore e del Giudice, in quanto se ne legge la menzione nell'Atto autentico da lui ordinato. Ciò deriva dalla costituzione essenziale delle umane comunicazioni, nelle quali la legge ed il magistrato sono costretti a riportarsi alla verità estrinseca delle cose, e giudicare non dietro a quello che è, ma dietro a quello che consta autenticamente (1). Siccome pertanto la legge non permette che la prova si ricerchi fuori dell'Atto, così la esistenza delle formalità del testamento publico non può risultare che dalla menzione della loro esecuzione nel documento testamentario, e per conseguenza tutte le questioni non apertamente temerarie in punto di adempimento di formalità estrinseche si riducono alle questioni di *menzione*; nel che si comprendono tutte le controversie subordinate che possono cadere su la forma e su la collocazione della menzione suddetta.

§ 801. Quanto alla *forma* della menzione, ossia alle parole con le quali si esprime, la questione involge quella della esistenza della menzione voluta dal Legislatore, e quindi si tratta con ciò dell'adempimento

---

(1) Vedi § 746 e seg. di questo Volume.

o inadempimento della formalità conseguente al vizio di espressione: lo che in ultima analisi si risolve nella equipollenza o non-equipollenza delle locuzioni impiegate con quelle volute dalla legge.

§ 802. Quanto alla *collocazione*, sebene la questione non involga di sua natura quella della esistenza della menzione materiale, ciò non ostante tutta si aggira su la regolarità della menzione medesima, per essere stata collocata più tosto in un luogo che nell'altro; e per conseguenza si presenta più tosto come questione di diritto, che come questione di fatto. Quì l'*equipollenza* non è verbale, ma è totalmente legale e di Diritto, in quanto si contende che la collocazione della menzione debba avere lo stesso effetto, fatta tanto in un luogo, quanto nell'altro. L'oggetto per altro della questione non cadendo su la forma della menzione, ma solamente su 'l luogo della medesima, è totalmente semplice, nè presenta le diverse modificazioni che nascono dalla possibilità delle varie frasi e locuzioni, con le quali si può esprimere la medesima cosa.

§ 803. Ad ogni modo è facile il vedere che a due sole classi debbonsi ridurre tutte le questioni di formalità estrinseche relative al testamento, in quanto riguardano la semplice forma di uno scritto; cioè:

1.° A questioni di *forma filologica e grammaticale di menzione*, esprimente con frasi o parole diverse la stessa cosa voluta dal Legislatore, e così a questioni di *equipollenza di senso.*

2.° A questioni di *ubicazione della menzione*, comunque chiara e non equívoca, di una data formalità, in quanto si dísputa della sua regolarità secondo il disposto dalla legge, e quindi d'*equipollenza di luogo.* Le prime sono tanto moltiformi, quanto può essere varia la maniera di esprimere lo stesso senso; le seconde sono tanto semplici, quanto è semplice l'idéa del luogo occupato da una frase collocata in uno scritto qualunque: e siccome nel testamento solenne, quanto al luogo, legalmente non si distinguono che due parti, cioè la parte del documento che contiene la disposizione munita della firma del testatore e dei testimonj, e in questa non si suddistingue che un principio ed un fine; e l'altra occupata dalle formalità imposte al solo Notajo: così le questioni di *località* non possono cadere che sopra tre luoghi, due dei quali stanno entro la prima parte dell'Atto, cioè o su 'l principio o su la fine; la terza poi su la seconda parte del documento, in cui hanno luogo le incumbenze notariali relative al rógito. Premessi questi schiarimenti, passiamo alle

Ricerche preliminari alle questioni su le forme testamentarie.

§ 804. Prima di proporre le questioni vertenti su le equipollenze di *menzione*, di *senso* e di *luogo* nell'adempimento delle formalità estrinseche dei testamenti, ragion vuole ch'io esaurisca alcune ispezioni *preliminari*, a fine di circoscrivere il campo delle battaglie forensi. A due sommi capi si riducono queste ispezioni. Il primo riguarda la *prova* dell'adempimento di una formalità transitoria voluta dalla legge nei testamenti, in quanto deve necessariamente risultare dall'Atto; il secondo riguarda l'*applicazione* della pena di nullità. Co 'l primo si assicura che tutte le questioni ragionevoli su l'adempimento delle forme estrinseche dei testamenti non possono cadere *fuori* del documento medesimo, nè possono trascinare un attore od un reo convenuto nel labirinto delle prove testimoniali e delle presunzioni estrinseche alla espressione dell'Atto; co 'l secondo si esclude ogni arbitrio nel giudicare in punto di nullità, e si limita l'azione dei Giudici ai soli casi voluti dalla legge.

§ 805. Sopra si è osservato che la condizione stessa dell'umana natura necessariamente importa di far uso in tutti gli affari della verità *estrinseca*, e non *intrinseca:* vale a dire, che gli uomini sono necessariamente costretti a riportarsi a ciò che apparisce, e non a ciò che veramente esiste. Ma da questa osservazione non risulta necessariamente ch'essi debbansi restringere ad un dato mezzo di prova; ma bensì abbracciansi tutti quei modi che sono atti a far fede della esistenza o presente o passata di un fatto qualunque. Ciò posto, necessariamente ne segue che se il Legislatore impose l'osservanza di una data forma transitoria, e nello stesso tempo non ne impose espressamente la menzione sotto pena di nullità, l'Atto potrà sussistere, semprechè si possa far constare legalmente della sua esecuzione. Ma siccome fra i modi diversi, onde far fede dell'esecuzione medesima, si comprende anche la prova testimoniale e ogni altra probabile induzione; così, posta la circostanza che il Legislatore non abbia ordinata la menzione espressa nell'Atto medesimo, pare che non si possano escludere gli altri mezzi di prova che possono far constare dell'adempimento della prescritta formalità.

§ 806. A schiarimento di questo pensiero è necessario ritenere che noi non parliamo delle forme *intrinseche*, nelle quali si comprendono quelle che sono essenzialmente costitutive della sostanza dell'Atto, e l'omissione delle quali trae seco una nullità radicale; ma bensì delle

forme *estrinseche*, dirette ad assicurare l'Atto medesimo già costituito; e precisamente delle transitorie. Limitata così la ispezione, dobbiamo inoltre rammentare che noi parliamo di quelle sole che furono ordinate sotto pena di *nullità*. Ristretta così la nostra considerazione, giova riflettere: essere bensì chiaro che quando la legge ordinò l'espressa menzione dell'adempimento della formalità, la menzione stessa diventa una di queste formalità, e quindi se ogni omissione di formalità fu colpita da pena di nullità, l'omissione della menzione importerà questa pena; ma allorchè la legge non ingiunse questa menzione, si potrà forse egualmente conchiudere che l'Atto dov'essa manca sia nullo? Si potrà forse escludere ogni altra prova valevole a far fede che la formalità stessa fu adempiuta? Egli è ben vero che il Legislatore prescrisse l'adempimento delle formalità; ma è vero altresì ch'egli non ne prescrisse la *menzione* nell'Atto. Pare adunque che la mente del Legislatore non sia defraudata, se non quando *realmente* naque l'omissione della formalità stessa, e non quando *solamente* ne naque il silenzio nel documento rispettivo. Dunque pare che se si può far constare con altri mezzi diversi dalla menzione, che la formalità fu realmente adempiuta, non si potrà più temere il rigor della legge che colpì la reale omissione con la pena di nullità. Io non nego (potrebbe dire taluno) che il silenzio del documento può ingerire un sospetto ragionevole, che la formalità non sia stata *realmente* eseguita; e però fino a che non si facia constare del contrario, l'Atto si debba presumere come nullo: ma egualmente si potrebbe dire co 'l sig. Merlin (1), che si deve *presumere* che sia stata eseguita fino a che non si provi il contrario. Oppure se si volesse dal solo silenzio presumere contro il documento, la parte interessata a sostenerlo, avendo contro di sè una formale presunzione di nullità, sarà tenuta a provare concludentemente la reale esecuzione che fu taciuta nel documento; ma non ne viene la conseguenza, che per la mancanza della menzione dell'Atto esso debba essere *ipso jure* nullo: imperocchè può stare benissimo che il redattore dell'Atto ne abbia omessa la narrazione, e ciò non ostante la formalità sia stata realmente eseguita. In questo

---

(1) « Un principe que nous avons eu plusieurs fois occasion de présenter à vos audiences, et que *plusieurs jugements du Tribunal de Cassation ont consacré*, c'est qu'en fait de formalités qui ne laissent point de trace après elles, et que l'on peut par cette raison appeler *fugitives*, on doit toujours présumer, jusqu'à preuve contraire, qu'elles ont été remplies, à moins que la loi n'exige expressement qu'il en soit fait mention dans l'Acte auquel elles sont rélatives. » Merlin, *Quest. de Droit*, Tom. III. pag. 330, v. *Divorce*.

preciso caso, non avendo il Legislatore prescritta la menzione sotto pena di nullità, ma solamente avendo punita la reale inesecuzione della medesima, ne viene per necessaria conseguenza, che ogni volta si possa far constare altrimenti ch'essa fu adempiuta, non si può incorrere nella pena della nullità annessa all'*inadempimento reale*, e non alla mancanza di menzione; e per ciò stesso ne segue, che la menzione possa essere altrimenti *supplita* con mezzi estrinseci al documento.

§ 807. A questo discorso si potrebbe rispondere, che per un principio eminente di publica utilità (avuto anche riguardo alle insormontabili difficoltà che il lasso del tempo, la distanza dei luoghi, e le vicende della fede testimoniale presentano inevitabilmente) dovevasi, per l'utilità medesima delle persone beneficate dai testamenti, e per la sicurezza di altri aventi interesse che possono venire danneggiati; dovevasi, dissi, stabilire che l'esecuzione di tutte le formalità testamentarie, prescritte dalla legge sotto pena di nullità, debbano essere comprovate dalla *espressa menzione* fattane nel rispettivo documento, benchè tale menzione non sia specialmente comandata; di modo che non possa ammettersi alcun'altra prova fuori dell'Atto: d'onde nasce la regola, che *la mancanza della menzione equivale a mancanza di esecuzione;* e però trae seco la pena di nullità dell'Atto, che doveva essere rivestito della formalità di cui non comprende la menzione (1).

§ 808. Questa provida misura, che dettò l'inammissibilità della prova testimoniale in tutti quelli fra vivi di qualche entità, nei quali può aver luogo la prova scritta, doveva avere molto più luogo nei testamenti, co'i

---

(1) « Osserviamo, che allorchè un testamento non fa menzione che siansi adempiute tutte le formalità volute dalla legge, le parti interessate non possono essere ammesse a provare ch'esse siansi osservate in fatto, e che il silenzio del publico Officiale a questo riguardo é l'effetto o della sua cattiva fede, o della sua ignoranza. »

« Il Legislatore vuole non solo che in materia di testamenti siano osservate tutte le formalità dal medesimo introdotte senza equivalenti; ma altresì che ne sia fatta menzione nell'Atto stesso, sotto pena di nullità. » (*Codice Napoleone,* art. 1001.)

« Replicate Sentenze della Corte suprema hanno deciso che questa disposizione era di rigore: così il testamento in questo caso sarà nullo, e non potrà in conseguenza avere il suo effetto. » (Desquiron, *Trattato della prova testimoniale,* § 486.)

L'art. 1001, citato quì dal sig. Desquiron, non parla della omissione della menzione, ma bensì dell'omissione *reale* delle formalità, nelle quali, comprendendosi l'espressa menzione ordinata dalla legge, e però la menzione divenendo una formalità stabilita dal Legislatore, cade sotto la disposizione dell'articolo 1001; ma con ciò si lascia intatta la questione, se pe'l caso nel quale il Legislatore avendo bensì ordinato l'adempimento di una formalità transitoria, ma non avendone stabilita la menzione, si possa per ciò qualificar l'Atto come nullo.

quali si dispone dell'intiera fortuna di un individuo o di una famiglia. Senza ciò la legge avrebbe avventurato la sicurezza delle più importanti transazioni sociali alla frode, all'urto delle passioni, alla lunghezza dei processi; e per un riflesso di un ipotetico danno particolare, avvenuto per ignoranza, avrebbe aperto il varco ad una infinità di mali e di confusioni.

Se adunque può succedere che una delle suddette formalità sia stata adempiuta, ma non mentovata, e che da ciò taluno riporti danno per una inescusabile trascuranza dell'estensore di un testamento; questo inconveniente si dee valutare come nullo a fronte dei moltiplici e gravissimi inconvenienti che pur troppo insorgerebbero nel sistema contrario, cioè con l'ammettere prove suppletorie fuori dell'Atto, come la esperienza dei passati tempi ha comprovato. È forza quindi concludere, che *l'adempimento di una formalità prescritta dalla legge*, sotto pena di nullità, deve constare unicamente dalla lettura dell'Atto medesimo, senza che sia ammissibile alcun'altra prova suppletoria.

§ 809. Comunque però questi motivi siano urgenti, ed appoggiati alla ragione, nulladimeno abbisognano della sanzione di una legge speciale che li avvalori e confermi. Se in appoggio dei medesimi si citassero Decisioni dei Tribunali, si risponderebbe che una Decisione non è una legge: i Tribunali non sono che applicatori della medesima; e tanto meno potrebbero quì, senza eccesso di potere, introdurre un principio, dal quale venga la necessaria conseguenza di una nullità, quanto più è certo ch'essi non hanno arbitrio veruno sì per istabilire che per applicare le nullità medesime.

§ 810. Oltre a ciò, siccome per altre moltiplici Decisioni viene giudicato che i Tribunali stessi sarebbero rei d'eccesso di potere se facessero una estensione da caso a caso delle nullità stabilite, ed oltre a ciò si potrebbero specialmente contraporre tutte le Decisioni allegate dal sig. Merlin in favore della massima contraria di cui parliamo; così ne sorgerebbe un formale conflitto fra le une e le altre, il quale non potrebbe essere tolto che da una disposizione legislativa. Ritorna dunque sempre la necessità di cercare una legge positiva che sciolga il dubio. Questo non è il luogo in cui ci sia concesso di dar esito a tale disquisizione. Porremo quindi a guisa di quesito la proposizione: non essere permesso fuori dell'Atto o contro al medesimo cercare la prova dell'adempimento di una formalità, della quale il Legislatore abbia bensì ordinato l'adempimento, ma non la menzione sotto pena di nullità; e procederemo oltre nel nostro discorso.

§ 811. Ristretto così il campo di ogni disputa su la esecuzione delle formalità al documento contenente la storia dell'Atto, ne emerge un motivo di sicurezza per colui che ama d'istruirsi su la materia della nullità per capo della violazione delle formalità estrinseche dei testamenti nei loro rapporti diretti alla fede che far ne possono i testimonj ed il Notajo.

Ho detto *nei rapporti diretti alla fede che far ne possono i testimonj ed il Notajo;* imperocchè convien ritenere che nella estensione di un Atto occorrono certe circostanze, delle quali il Notajo ed i testimonj non possono far fede esclusiva per sè medesimi, e circa le quali si possono ammettere in via civile prove contrarie senza iscriversi in falso contro il documento; e queste circostanze sono tutte quelle che, non cadendo sotto la sperimentale e sensibile osservazione del Notajo e dei testimonj, essi non ne possono far fede per scienza propria, ma solamente per tradizione altrui, o per induzione probabile, o per altra presunzione. Tale, ad esempio, si è lo stato morale o legale del testatore (1); tali le qualità non apparenti dei testimonj, come sarebbe la loro origine, la partecipazione ai diritti civili, ed altre simili circostanze.

---

(1) *La prova testimoniale della demenza di un testatore proposta dall'attore dev'essere preferita o posposta alla prova scritta del buon senno risultante dagli Atti autentici prodotti dal reo convenuto?*

Nel riferire il caso del testamento di Maria Jacob (pag. 245 e seguenti del Tomo I. del *Giornale di Giurisprudenza*) (*), fu osservato che la prova testimoniale della demenza del testatore o donatore è *ammissibile*, benchè il Notajo facia fede del buon senno del testatore medesimo. Ma altro è il dire che sì fatta prova sia *ammissibile* dai Tribunali, ed altro è dire ch'essa *debba* dai Tribunali stessi *essere sempre ammessa.* La prima proposizione esprime una *facoltà;* la seconda esprime un *dovere indeclinabile.* Ora si domanda se si verifichi questo dovere. Il primo caso che si presenta è quello nel quale un attore offra la prova testimoniale della pretesa demenza, e il reo convenuto produca nello stesso tempo la prova autentica del buon senno costante del testatore medesimo *e prima e contemporaneamente e dopo l'Atto* che dicesi fatto in istato di demenza.

La ragione critica legale suggerisce che la *prova scritta risultante dagli Atti autentici dev'essere certamente preferita alla prova testimoniale* che viene offerta del contrario, come in sè stessa degna di maggior fede. Dunque se la prova testimoniale venisse anche ammessa, essa riuscirebbe inconcludente per provare il fatto contrario. Indipendentemente da ciò, niuna legge obliga i Giudici in questo conflitto a preferire la prova testimoniale alla scritta; ed anzi all'opposto, per un principio eminente di tutti i tempi, mantenuto dal Codice Napoleone, la scritta prevale sempre alla testimoniale fino a che il documento non venga altrimenti impugnato, e giudicato come falso (art. 1317 a 1350). La prova dunque del buon senno costante del testatore, appoggiata a documenti autentici, prodotta da una parte, non solamente non dev'essere posposta alla testimoniale della demenza prodotta dall'altra parte; ma per lo contrario, secondo ogni ragione, dev'essere preferita alla testimoniale. (*Giornale di Giurisprudenza,* Tom. II. pag. 206-207.)

(*) Questo Articolo non s'inserisce, perchè non è necessario all'intelligenza di quanto qui si dice. (DG)

Co 'l premesso criterio si distinguono chiaramente quelle formalità, circa le quali si può o non si può ammettere in via civile prove estrinseche alla menzione dell'Atto.

RAGIONE DELLE FORME DEI TESTAMENTI IN GENERALE.

Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* del 1812, Tom. IV. pag. 257 a 276.

I.

§ 812. Dopo la teoría generale delle forme e nullità riguardanti qualunque Atto autentico, è mestieri vedere in particolare la ragione fondamentale delle forme e delle nullità dei testamenti stabilite dalla legge. Ogniqualvolta si conoscerà la ragione fondamentale, per cui le forme furono stabilite, si riconoscerà pur anche la ragione delle stesse nullità.

§ 813. Tutto esaminato, si rileverà che il Codice Napoleone con molta sapienza trascelse i modi più opportuni, più semplici e più sicuri, onde far constare della volontà di un testatore. Esso províde per tutta quella classe di persone che sa leggere e scrivere; per quella che sa o può leggere solamente, ma non sa o non può scrivere; per quella finalmente, che non sa o non può nè leggere nè scrivere: e nel far ciò impose le forme ed amministrò le nullità con la più stretta economía. Esso dichiarò indegno di fede un Atto allorchè riesce veramente e secondo la natura delle cose indegno di fede, o degno di dubia fede; e dall'altra parte non caricò gli Atti di tante formalità da rendere difficile l'osservanza della data forma di testamento. Tutte le altre mancanze furono colpite con sanzioni puramente disciplinari, senza sovvertire la certezza legale dell'Atto medesimo.

§ 814. Ogni testamento è un atto di volontà assoggettato, sì per le sue disposizioni, che per li diversi modi d'esternarlo, alle disposizioni delle leggi. V'ha di più: la fazione del testamento è l'esercizio di un diritto civile, ossia una facoltà accordata dalla legge ad un proprietario di regolare dentro certi limiti e sotto certe forme il corso della sua

eredità (1). Più alto levando l'attenzione, la fazione del testamento si deve propriamente riguardare come una publica funzione che il privato eseguisce in nome di tutta la società, la quale trasmise a lui la facoltà di designare le persone alle quali dopo la sua morte si dovranno assegnare i beni di lui: facoltà che originariamente appartenendo al solo corpo della vivente società, fu stimato opportuno di delegare al proprietario medesimo, e di guarentirla dopo la morte di lui con l'autorità di tutta la società che sopravive.

§ 815. Due ispezioni pertanto si presentano a prima giunta all'occasione di ogni testamento; cioè:

1.° Colui che fece testamento ne aveva egli la conveniente *capacità?*

2.° Posta questa capacità, *quale* fu veramente la di lui *volontà?*

La prima domanda, relativa alla *capacità*, abbraccia tanto la *naturale*, quanto la *civile*. Per l'argomento della validità essenziale o della nullità radicale dell'Atto testamentario, è assolutamente necessario che si verifichi l'una e l'altra capacità (2).

§ 816. La *capacità naturale* esige come suoi essenziali requisiti la perfetta *intelligenza* e *libertà* del testatore. Queste condizioni, comuni ad ogni sorta di Atti volontarj, debbono sopra tutto concorrere nella fazione del testamento. In qualunque punto della vita questa funzione può essere eseguita; e siccome l'uomo può fino negli ultimi istanti soffrire ostacoli possenti al pieno e libero esercizio della sua naturale capacità, così la legge ebbe una cura speciale non solamente di ricordare la necessità di queste condizioni, ma eziandío di ordinare certe precauzioni, le quali servissero ad un tempo stesso ad assicurarne, per quanto era possibile, la cognizione ed il pieno esercizio, ed a far fede della *identità* della volontà manifestata.

§ 817. I motivi che accompagnano la publicazione del Codice Napoleone ci assicurano di questa doppia mira del Legislatore. Il tribuno Jaubert, considerando la disposizione dell'articolo 901. del Codice Napoleone (che come progetto veniva presentato all'Autorità legislativa), nel quale si dichiara che per fare una donazione fra vivi o un testamento fa d'uopo *essere di mente sana*, soggiunge quanto segue. « Egli era tanto

---

(1) « Au présent qu'il est bien reconnu » que le droit de téster n'appartient qu'au » Droit civil, et que conséquemment il ne » s'agit que d'établir des précautions suffisan- » tes pour *reconnaître la volonté*, il était » naturel que le Code multipliât les facilités » toutes les fois qu'il ne resterait pas de dou- » te sur la volonté. » *Exposé des motifs*, edit. Didot 1804, Tom. IV. pag. 350.

(2) Vedi in séguito di questo scritto i §§ 863 a 871, e § 887.

più importante di non omettere la regola *di mente sana*, quanto più è certo che la legge non fissa veruno spazio di tempo che debba passare fra l'Atto testamentario e la morte, e ciò anche per la donazione fra vivi. La natura dell'Atto, in qualunque tempo della vita si facia, viene determinata dalla sua forma: quand'anche fosse fatto nell'istante che precede la morte, esso conserva il suo carattere e produce il suo effetto (1). Ora l'esperienza dimostra che per lo più l'uomo non dispone, sopratutto per testamento, che ne' suoi ultimi momenti. Allora quanti pericoli per l'ammalato! quante imboscate dal canto di coloro che lo circondano! La Legge su l'interdizione ha proveduto al caso della demenza: se la demenza è stata riconosciuta con sentenza, o se l'Atto presenta per sè stesso la prova della demenza, esso è nullo. Ma la demenza è una privazione abituale della ragione. »

« Si può non essere sano di mente, e non essere privo della ragione che momentaneamente. Un individuo non interdetto può aver fatto un Atto che presenti tutto l'esteriore della libertà, e ciò non pertanto trovarsi in circostanze talmente critiche per la sua intelligenza e per la sua volontà, che sarebbe impossibile rimanere convinti aver esso avuto l'intiera libertà del suo spirito. Per esempio, se un uomo avido ha profittato del momento in cui un malato era in delirio per fargli fare delle disposizioni, dovrà esso godere il frutto del suo intrigo? »

« Il Notajo ed i testimonj saranno senza dubio altretanti sorveglianti fedeli; i Notaj sopratutto defrauderebbero il voto della legge; eglino si renderebbero colpevoli di una grave prevaricazione, se non cominciassero con l'assicurarsi del buon senno di coloro che dispongono: ed è probabile che, in conseguenza di ciò, essi continueranno ad inserire in tutti questi Atti, che il disponente è sembrato loro sano di spirito e di intelletto » (2).

Da tutto ciò è manifesto che in generale la legge nel prescrivere le forme testamentarie ha ordinato certe precauzioni per assicurarsi della capacità naturale, ossia dell'attuale intelligenza e libertà dei testatori; e nell'atto di provedere alla certezza ed alla identità fra le cose contenute nel documento testamentario, e la reale espressione della mente del testatore, ha pure pensato alla prima ed essenziale condizione della intrinseca validità del medesimo (3).

---

(1) *Exposé des motifs*, ediz. di Didot, Tomo IV. pag. 328.

(2) Detta *Esposizione dei motivi*, pagina 327.

(3) Questa mira, espressa in una maniera generale, viene ripetuta in una maniera particolare, parlando delle forme speciali dei testamenti.

§ 818. Ma dovrà forse dirsi perciò che il documento testamentario facia fede dello stato d'intelligenza e di libertà del testatore, come lo fa delle di lui disposizioni? No certamente. « I Notaj ed i testimonj (dirò co 'l ricordato Tribuno) non sono giudici di questo stato. » « L'osservazione del Notajo (proseguirò co 'l sig. Merlin) non fa che indicare ciò che a lui è sembrato. D'altronde l'accertarsi dello stato di sanità di mente del testatore è cosa estranea al di lui officio. Tutto ciò ch'egli ha detto a questo riguardo è fuori della sostanza dell'Atto, e non presenta che una semplice enunciativa di nessuna concludenza agli occhi della legge; la sua asserzione su questo punto non fa alcuna fede (1). »

§ 819. E pure importa sommamente di sapere se il testatore avesse o no la richiesta capacità naturale di disporre e di rilevare in caso contrario la circostanza della di lui incapacità per difetto d'intelligenza e di libertà. In qual maniera ciò può venir fatto? quale sarà la maniera di provare o di eccepire su questo punto? Il Legislatore non ha mancato di fare a sè medesimo questa domanda. Ma, considerando la varietà infinita delle circostanze, si è veduto in necessità di abbandonare la specie della prova all'imperò delle circostanze ed alla saviezza dei Tribunali. « Quale sarà il modo di prova? (dicono i Motivi del Codice) (2). Egli è impossibile che la legge stabilisca regole fisse e positive in una materia, nella quale tutto dipende da circostanze che variano all'infinito. La legge non può che lasciarne l'esecuzione al potere dei Tribunali. »

« Ad ogni modo i Giudici sapranno quanto sia pericoloso l'ammettere indiscretamente reclami contro Atti, l'esecuzione dei quali è sommamente desiderata dalla legge. Essi non mancheranno di premunirsi contro i tentativi dell'interesse personale. In una parola, essi non ammetteranno un simile mezzo di prove estrinseco e contrario, se non allorquando circostanze decisive e perentorie somministreranno loro la convinzione morale e legale, che il disponente non era sano di spirito. »

§ 820. Da tutto ciò derivano due conseguenze. La prima, che la prova estrinseca della demenza non è limitata a specie alcuna singolare, ma che può essere ammesso qualunque mezzo atto a produrre la convinzione suddetta. Ciò di fatto venne deciso nel caso già allegato del testamento di María Jacob, nel quale la Corte di Cassazione dell'Impero,

---

(1) Vedi Tom. I. pag. 253 del *Giornale di Giurisprudenza* (*).

(2) *Esposizione dei motivi*, secondo l'edizione di Didot 1804, Tom. IV. pag. 328.

(*) Dove si riporta una discussione di Merlin, nella quale si leggono le parole qui citate. (DG)

con sua Decisione del 22 Novembre 1810, decise « essere permesso alle parti di articolare, ed ai Tribunali di ammettere e provare tutti i fatti che sono atti a stabilire che l'autore di una donazione tra vivi, o di un testamento, non era di mente sana all'epoca della confezione di questi Atti, senza distinguere se questi fatti abbiano o no costituito uno stato permanente di demenza (1). »

La seconda conseguenza si è, che per ciò solo che questi mezzi di prova estrinseci della demenza sono ammissibili, non ne segue la conseguenza che i Tribunali debbano ammetterli a beneplacito della parte litigante tutte le volte ch'essa ne fa l'offerta, e qualunque ne sia la concludenza. La legge, su'l punto dell'effettiva ammissione o non-ammissione di sì fatte prove, e più specialmente per il giudizio della loro concludenza o inconcludenza, si rimette alla prudenza ed ai lumi dei Tribunali, come si è veduto. In ciò la Legislazione romana va d'accordo con l'attuale. Infatti fu già deciso che « le leggi romane non esigono che il Giudice ammetta la prova testimoniale della demenza del testatore tutte le volte che questa prova venga offerta; ma esse si rimettono in ciò alla saviezza dei Giudici. » Tale fu la Decisione della Corte di Cassazione dell'Impero, dei 22 Nevoso, anno IX., nella Causa Beysson e consorti (2). Coerentemente a questa massima furono esternati i sopra ricordati Motivi del Codice Napoleone.

§ 821. Da queste considerazioni emerge pertanto: 1.° che la *capacità naturale* di un testatore a disporre è sempremai *presunta* dall'Atto testamentario, e che però colui che produce un testamento rivestito di tutte le sue forme, o ne domanda la esecuzione, non è obligato a provare la *capacità* del testatore, se il suo avversario la negasse; ma che all'opposto il carico della prova della incapacità è trasferito nell'avversario, per ciò appunto che si presume in favore del testamento. Quindi la *validità* presuntiva del testamento per titolo della *capacità* del testatore è fondata e presunta con l'Atto stesso esente da vizio intrinseco ed estrinseco. Per lo contrario la *nullità* definitiva del medesimo per titolo d'*incapacità* è fondata e provata con ogni mezzo di prova atto a produrre un morale e legale convincimento.

---

(1) Vedi Tom. I. pag. 257 del *Giornale di Giurisprudenza* (*).

(*) Vedi il cenno fatto alla nota al § 811. (DG)

(2) Vedi Sirey, Tom. I. Parte I. pag. 484. Vedi pure pag. 211 del Tom. II. del *Giornale di Giurisprudenza* (*).

(*) A questo luogo è riportata una Decisione non con le parole sopr'allegate, ma però in questo senso. (DG)

2.° Ne segue che la presunzione di *capacità*, e quindi quella della *validità intrinseca*, non è tanto urgente da escludere una prova estrinseca del contrario in via civile, e durante lo stesso giudizio di esecuzione del testamento; a differenza della prova della *verità* dell'Atto testamentario, risultante dalle forme adempiute, la quale produce l'esecuzione immediata fino alla prova di falso (vedi la Nota V. in séguito).

Io perciò non posso convenire nell'opinione, che « non si possa impugnare un testamento come nullo per causa di demenza o di captazione senza un principio di prova per iscritto, atta a comprovare la demenza o captazione » (1). Imperocchè lo stato di demenza e gl'intrighi di captazione sono cose, la prova delle quali essendo stata dalla legge abbandonata all'impero delle circostanze, non fu per ciò stesso assoggettata ad alcuna regola speciale, come di sopra fu osservato e dimostrato con le parole dei Motivi della legge, e giudicato dalla Corte di Cassazione con la recata Decisione 22 Novembre 1810; e però non ammettono alcuna limitazione nè di prova scritta, nè di principio della medesima (2).

§ 822. Dagli argomenti di autorità passando a quelli di ragione, non si può concepire come l'accidente della demenza o i fatti della captazione sieno cose suscettibili della disposizione della legge, che comanda ai contraenti di premunirsi co' i mezzi della prova scritta, o con un cominciamento della medesima. Anzi è assurdo il pensare che la legge imponga un obligo di questa natura per la demenza e captazione; avvegnachè converrebbe supporre che gli eredi, i quali hanno un'aspettativa, potessero e dovessero prevedere anche di lontano, od a molte millia di distanza, il caso dell'improvisa demenza del testatore, od avvedersi degli occulti intrighi delle persone che lo avvicinano per carpirgli una disposizione: e questa previdenza dovrebb' essere estesa a tutti i successibili, e tutti dovrebbero premunirsi d'un principio di prova scritta, perchè può essere che i più prossimi di grado cedano il luogo ai più rimoti. Ora queste ed altretali cose sono forse praticabili?

§ 823. Certamente dopo che il Legislatore fu convinto della impossibilità di stabilire un mezzo particolare di prova, io non veggo come si possa conciliare la massima che impugniamo co' i principj di ragione e di autorità già allegati.

---

(1) Una Decisione del 30 Germinale, anno II., della Corte d'Appello di Parigi, nella Causa fra gli eredi ed i legatarj Lecouteux, riportata nel Tomo III. Parte II. pag. 273, ha stabilito queste tesi.

(2) La sostanza della Decisione qui accennata si legge nella nota al § 811, e nel seguente § 820. (DG)

Nulla soggiungiamo su la capacità o incapacità civile, sia assoluta, sia rispettiva, di testare; sì perchè le disposizioni delle leggi su questo argomento sono troppo chiare e precise; e sì perchè la considerazione di tale capacità non ha avuta veruna influenza nello stabilimento delle forme testamentarie.

II.

§ 824. Poste le dovute capacità nel testatore, si domanda quale veramente sia stata la di lui volontà. — Il Legislatore, volendo che sempre si potesse soddisfare a questa domanda in un modo, per quanto fosse possibile, facile, sicuro e permanente, ordinò che il modo esterno onde accertarsi della volontà del testatore fosse la scrittura, o fatta dallo stesso testatore, o fatta da altri per ordine di lui, e giusta le di lui espressioni.

Ma in tanto la scrittura fa prova, in quanto contiene la fedele espressione dei sentimenti palesati dal testatore; ed in tanto questa espressione è fedele, in quanto il senso dello scritto è identico a quello che il testatore volle tramandare alla carta, o a quello ch'egli palesò a voce al Notajo, o ad altri che scrissero per lui.

L' *identità* dunque dello *scritto*, di cui un erede fa uso, con quello che il testatore veramente estese; l'*identità* del *senso* dello scritto esteso da altri co 'l senso che il testatore manifestò a voce: ecco il vero oggetto delle forme testamentarie; ecco l'argomento, alla prova del quale queste forme furono eminentemente instituite. La bontà loro logica o assoluta consiste nel produrre la maggior fede di questa identità; la bontà loro politica consiste nell'essere adatte al diverso stato di coloro che possono testare, e all'interesse di tutti coloro che possono ricevere e avere diritto (anche situati in diversi luoghi, o dopo un certo tempo) in una successione.

§ 825. La società è composta d'uomini che sanno e possono scrivere, e di uomini che non sanno scrivere; e fra quelli che sanno scrivere accade il caso che non lo possano fare per qualche fisico impedimento. Siccome la parola è l'unico mezzo co 'l quale l'uomo manifesta senza equivoco la propria volontà; così altro mezzo non v'era per esprimere la intenzione del testatore, che o la parola vocalmente espressa, o la stessa parola espressa in iscritto. Per la qual cosa non potevano esistere che due specie di testamenti: l'uno scritto, e l'altro verbale.

§ 826. La legge doveva provedere e per l'una e per l'altra maniera in modo, che constasse stabilmente della volontà del testatore, espressa o a voce o in iscritto. Quanto allo scritto, se non si può dubitare della

sua identità, il documento essendo permanente soddisfa a bastanza all'intenzione del Legislatore. Dunque tutta la cura nei testamenti scritti dallo stesso testatore si doveva restringere ad assicurare così la verità del documento scritto, che non si potesse dubitare essere quello stesso che fu redatto dal testatore; e quì si apre la teoría delle forme e delle nullità dei testamenti ológrafi, e in parte dei místici.

§ 827. Quanto poi ai testamenti espressi a voce dal testatore, la legge doveva assicurarsi che la volontà stessa venisse raccomandata ad un documento stabile, qual è lo scritto, in modo però che non si potesse dubitare che l'intenzione reale del testatore sia diversa da quella che fu tramandata alla scrittura; e ciò adempiendo le condizioni generali già sovra espresse. Da questo principio nasce la teoría delle forme e delle nullità del testamento solenne o autentico.

§ 828. Prescindendo per ora dall'esame speciale delle singole formalità di queste tre forme di testamento, e limitandoci allo scopo finale e proprio delle medesime, cioè al fine di assicurare e testificare questa *identità*, voluta dal Legislatore, giova quì riportare le parole dei Motivi che accompagnarono la legge.

1.° Parlando del testamento *olúgrafo*, dicono i Motivi: « Qual Atto può manifestare più sicuramente l'espressione libera della volontà del testatore, che quello ch'è interamente scritto, datato e segnato dalla sua mano » (1)? Passando il Legislatore a considerare che, oltre all'*identità di espressione della volontà*, conveniva assicurare anche l'identità della carta contenente il testamento olúgrafo, soggiunge: « Fu solamente presa una precauzione, affinchè lo stato di questi Atti sia comprovato. Ogni testamento olúgrafo prima della sua esecuzione dev' essere presentato al Giudice destinato, che formerà un processo verbale dello stato in cui il documento si troverà, e ne ordinerà il deposito presso un Notajo (2). »

2.° « Quanto al testamento per *Atto publico*, fu preso un termine medio fra le solennità prescritte dal Diritto scritto, e quelle usitate nei paesi di Diritto statutario. »

« Egli era conveniente aumentare le precauzioni stabilite nei paesi *di consuetudine*, per far constare della volontà dei testatori; ma esigendo un numero di testimonj maggiore di quello ch'è necessario per conseguire questo fine, si sarebbero assoggettati coloro che dispongono ad un grande imbarrazzo, e forse sarebbero stati esposti a trovarsi spesso

(1) Detta *Esposizione dei motivi*, Tom. IV. pag. 350. — (2) Ibid. pag. 301.

nella impossibilità di far estendere i loro testamenti. Questi motivi hanno determinato la regola, che il testamento per *Atto publico* sarà ricevuto da due Notaj in presenza di due testimonj, o da un Notajo in presenza di quattro testimonj (1). »

« Egli è ricevuto da due Notaj in presenza di due testimonj, o da un Notajo in presenza di quattro testimonj (dicono altrove i detti Motivi). Nelle campagne basterà che uno dei due testimonj firmi se il testamento è ricevuto da due Notaj, e che due dei quattro testimonj firmino s'egli è ricevuto da un solo Notajo. Vi saranno due testimonj anche co' i due Notaj, non perchè la legge difidi de' Notaj, ma bensì perchè i testamenti facendosi il più sovente nell'estremità della vita, era cosa utile il moltiplicare i sorveglianti in favore di un individuo che può essere assediato dall'intrigo o dalla cupidigia (2). »

3.° Parlando poi del testamento *mistico* (proseguono gli stessi Motivi), « questa è la forma che la legge correda co 'l più grande apparecchio. Essa esige sei testimonj, perchè si tratta non solamente di guarentire la libertà del testatore, ma eziandio di far constare dell'identità dello scritto che contiene le sue disposizioni, e di quello su 'l quale si estende l'Atto di soprascrizione (3). »

« Si devono temere in questo Atto le sostituzioni di persone o di carte. Fa d'uopo che le formalità siano tali, che gl'intrighi più sottili della cupidigia siano prevenuti: il numero dei testimonj è sopra tutto il mezzo che può guarentire, chè tutti non saprebbero concorrere in un complotto criminoso (4). »

Da tutti questi passi pertanto risulta evidentemente, che lo scopo precipuo ed immediato del Legislatore nello stabilire le forme testamentarie fu di assicurare o l'*identità dello scritto* con quello che fu veramente esteso dal testatore; o l'*identità del senso* dello scritto, esteso da altri, co'l senso che il testatore manifestò a voce. Le forme adunque dei testamenti ordinate dalla legge sono altretanti mezzi di prova diretti a questo fine. Per la qual cosa l'adempimento di sì fatte forme si deve riguardare come la produzione di una prova concludente a dimostrare, almeno con somma probabilità, che il documento testamentario esprime veramente la volontà del testatore: lo che forma l'oggetto della seconda domanda sopra instituita.

§ 829. Per quello poi che spetta alla *libertà* ed *intelligenza* personale del testatore, l'intenzione delle forme suddette non può essere che

(1) Detta *Esposizione dei motivi*, Tom. IV. pag. 301 e 302. — (2) Ibid. pag. 351. — (3) Ibid. pag. 351. — (4) Ibid. pag. 352.

secondaria, e la loro esecuzione non si può riguardare che come un mezzo producente la presunzione di una forza incomparabilmente minore di quella della duplice identità, di cui sopra abbiamo discorso.

In conseguenza di queste osservazioni noi dovremo per ora prescindere dall'oggetto della *capacità* del testatore, e restringere il nostro esame all'unico oggetto della *identità* sopra ricordata; analizzare partitamente le forme proprie di ogni testamento; e con questa unica mira esaminare le successive pratiche questioni che si presenteranno.

III.

Delle forme regolamentari.

§ 830. Alle forme prescritte dal Codice Napoleone succedono quelle del Regolamento su 'l notariato. Per fatto e per diritto esse non tolgono o mutano nulla nelle disposizioni legislative del Codice: solamente aggiungono alcune cautele proprie e comuni agli Atti autentici.

I principj direttivi su le nullità regolamentari sono identici a quelli delle forme legislative.

Ognun vede che la loro osservanza è necessaria ogniqualvolta la Legge ossia il Regolamento la impose, qualunque sia la pena annessa alla loro violazione. — Si vede pure che la violazione non importa nullità, se non quando questa pena fu espressamente pronunciata.

Da ciò segue, che posta la disposizione espressa della osservanza della formalità sotto pena di nullità, questa pena non potrà aver luogo in un giudizio di prima presunzione, se non nel caso della effettiva mancanza della formalità ordinata. E siccome l'essenza stessa della formalità ordinata ad un Notajo consiste nella menzione di luogo, di tempo, di qualità delle persone intervenute all'Atto o come parti principali o come testimonj (perocchè ciò che riguarda la sostanza dell'Atto e le altre forme fu comandato dalle leggi civili); così il difetto di menzione commesso dal Notajo costituirà essenzialmente la violazione della forma imposta, ed importerà la nullità suddetta.

§ 831. Quanto poi alla collocazione della menzione ordinata dal Regolamento, è chiaro che la pena di nullità non potrà aver luogo per un tal modo speciale di ubicazione della menzione stessa, a meno che per una disposizione espressa del Regolamento questa collocazione non sia comandata sotto pena di nullità. Imperocchè altro è ordinare che una data forma sia inserita in un documento, ed altro è ordinare che sia collocata in una data parte del medesimo. Ad evitare la nullità nel primo

caso, basta che si vegga la menzione della medesima nel documento stesso prima dell'autentica dichiarazione e sottoscrizione finalé del Notajo. Ad evitare poi la nullità nel secondo caso non solamente si ricerca la menzione stessa, ma eziandío la circostanza inseparabile della collocazione, come qualità inseparabile dell'adempimento della formalità imposta. L'osservanza risulta dalla *congiunzione immediata*, ossia dalla *simultaneità* tanto della menzione, quanto della collocazione in una data parte dell'Atto; l'inosservanza risulta o dal difetto di menzione, o da una collocazione diversa. Se dunque fu aggiunta la pena di nullità alla violazione della forma, essa dovrà aver luogo anche in forza della sola diversità di collocazione.

§ 832. Ma a fine di produrre quest'effetto fa d'uopo, come ognun vede, di una espressa e precisa disposizione della legge, prescrivente tanto la *menzione*, quanto la *collocazione*; e sarebbe un vero eccesso di potere, allorchè esiste la *menzione*, il pronunciare la nullità dell'Atto per una *collocazione* diversa da quella che piace al Giudice, mentre la legge non ne avesse imposta alcuna in particolare, nè avesse espressamente ordinato al Notajo d'inserire la menzione stessa più tosto in una data parte che in un'altra dell'Atto medesimo. Le ragioni di analogía e di convenienza in materia di nullità sono veri eccessi di potere, come si è veduto (1). Dall'altra parte poi sarebbe lo stesso che accusare la legge come improvida, ed usurpare con danno dei privati diritti l'autorità del Legislatore, il quale per le formalità di minore importanza, e che direttamente non tendono a far fede della verità intrinseca dell'Atto, si è voluto riposare su la fede sola del Notajo, al quale attribuì un carattere di confidenza assoluta per le circostanze di minor conto, invece di far prevalere una difidenza ingiuriosa. Noi confermeremo in progresso queste osservazioni con l'autorità dei Giudicati.

Il punto eminente in questa materia sta nel distinguere le formalità che sono comuni a tutti gli Atti autentici, e quindi agli Atti notarili, da quelle forme che sono proprie ad una data specie di Atti. Quando si tratta di testamenti non conviene estendere nè meno per analogía le forme dei contratti ai testamenti. Diversi casi decisi schiariranno vie più questa teoría, la quale d'altronde viene appoggiata dal principio, che non lice estendere le nullità da caso a caso, e molto meno da materia a materia (2).

---

(1) Vedi in séguito di questo scritto il § 882.

(2) Quelle Decisioni inserite nel *Giornale di Giurisprudenza*, che non erano necessarie per intendere le dottrine esposte dall'Autore, furono omesse anche in questa edizione, come in altre. (DG)

DELLA RAGIONE DELLE FORME DEL TESTAMENTO MISTICO O SECRETO.

Dal Giornale di *Giurisprudenza Universale* del 1812,
Tomo V. pag. 3 a 20.

§ 833. Da principio si osserva che nel testamento mistico il testatore manifesta la sua volontà per iscritto. In ultima analisi però non è necessario che la scrittura sia fatta da lui, ma basta ch' essa sia fatta da altri per ordine di lui, che consti ch' egli stesso conosca il contenuto dello scritto, e dichiari in una maniera indubitata che lo scritto medesimo contiene la sua volontà. Da ciò si comprende che l'Atto materiale del testamento mistico si divide in due parti: la prima è *interna*; la seconda è *esterna*. Ambedue sono necessarie per costituire la certezza legale dell'Atto.

§ 834. Quanto alla parte *interna*, essa è contenuta nella cedola testamentaria, la quale può essere scritta dal testatore stesso, o da altra mano per ordine suo. Sa egli scrivere? Egli la deve firmare; e questa firma è il primo contrasegno che lo scritto contiene la di lui volontà. Non sa o non può egli scrivere, ma sa però leggere? Dev' essere firmata da un'altra persona per lui. Non sa egli leggere? La cedola allora si ha per non fatta (art. 978). E perchè ciò? Perchè non potrebbe constare della *identità* dello scritto con la volontà vera del testatore; imperciocchè nel testamento mistico la prova intrinseca di questa identità, quanto alla cedola testamentaria, riposa così su la fede e la cognizione propria del testatore, che non si può d'altronde ripetere. Ora se il testatore non sapesse leggere, egli non potrebbe per sè stesso comprendere che cosa contenga lo scritto, e quindi se il tenore dello scritto sia identico o diverso; e per ciò stesso non potrebbe dichiarare da poi se questa cedola contenga la sua volontà. La prova pertanto in generale della identità dell' espressione della cedola con la mente del testatore risulta nel testamento mistico da due estremi. Il primo, che il testatore sapia per sè stesso rilevare ciò che sta scritto nella cedola, ossia che sapia leggere la detta scrittura; il secondo, ch'egli dichiari alla presenza del Notajo e dei testimonj, che la cedola medesima contiene veramente le sue intenzioni.

§ 835. La legge non ha richiesto essenzialmente altro che la fede del testatore stesso, come unica prova della identità fra il tenore scritto della cedola e la propria volontà. Le altre formalità non sono che prove subalterne della fede manifestata dal testatore medesimo.

Così allorquando il testatore procede a questa dichiarazione, la legge suppone ch' essenzialmente il testamento sia fatto, ed altro non aggiunge che le prove estrinseche atte a far fede di questa esistenza.

§ 836. E quì cade una essenziale differenza fra il testamento místico ed il testamento solenne. Nel testamento solenne la volontà non è esternata se non dopo la dettatura del testatore e la scrittura del Notajo, correlativa, conforme e contestuale alla stessa dettatura. Per lo contrario nel testamento místico allorchè il testatore comparisce avanti al Notajo ed ai testimonj, la sua volontà è già consegnata allo scritto, e può talvolta avervela consegnata in una forma per sè stessa degna di fede legale; e ciò allorchè la cedola testamentaria è scritta, sottoscritta e datata dal testatore medesimo, come nell' art. 979, nel quale il testatore propriamente presenta un completo testamento olósgrafo.

§ 837. Tale osservazione conduce ad una importante conseguenza; e questa è, che nel testamento místico l'identità della volontà del testatore viene dal Notajo e dai testimonj attestata non direttamente e per fede propria, come nel testamento solenne, ma viene solamente comprovata indirettamente ed estrinsecamente. A parlare con esattezza, nel testamento místico viene più tosto comprovata rigorosamente l'identità della cedola testamentaria, che l'identità della volontà diretta del testatore. Questa identità di volontà viene comprovata presuntivamente e per equivalenza dietro la dichiarazione che fa il testatore presentando una data carta, in cui egli esprime contenersi la sua volontà, e non dietro la cognizione del contenuto che ne possono avere il Notajo ed i testimonj.

Anzi questa cognizione intrinseca per la natura dell'Atto viene esclusa, perchè il testamento è secreto, e non viene palesato il suo contenuto al Notajo ed ai testimonj; ma all'opposto viene occultato o con l'antecedente suggellazione della cedola, o con la suggellazione fatta in loro presenza prima dell'Atto di soprascrizione.

Esprimendo pertanto lo spirito della testificazione del Notajo e dei testimonj nel testamento místico, essa si riduce alla formula: « Noi attestiamo che la carta quì entro chiusa è quella stessa che il testatore ci ha detto contenere la sua volontà. » Questa osservazione è così vera, che potrebbe accadere che la cedola contenesse tutt'altro che un testa-

mento, senza che nè il Notajo nè i testimonj avessero mentito: lo che prova ch'essi altro non possono comprovare se non l'identità di una carta che il tal cittadino disse contenere il suo testamento.

§ 838. Affinchè poi non nascesse il pericolo che questa testificazione potesse cadere sopra una carta diversa da quella che fu presentata dal testatore come contenente la sua volontà, la legge volle che fosse chiusa e suggellata, e che la circostanza della chiusura e della suggellazione constasse al Notajo ed ai testimonj. Questa cautela era importantissima, onde prevenire ogni sostituzione di altra cedola nell'intervallo che passa fra la celebrazione e l'apertura. Ma ad assicurare vie più la cosa, su la sopra-carta si volle la firma dei testimonj.

Questa sottoscrizione estesa o su 'l foglio medesimo in cui fu redatta la cedola stessa, ovvero su quel foglio stesso in cui fu involta e suggellata nell'atto della presentazione per la sua semplice effettività, assicura che l'involto contiene quella tal carta che fu presentata dal testatore. Dall'identità certa dell'involto si assicura l'identità della cedola, ogni qual volta consti che nell'involto non si abbia potuto sostituire altra cedola. L'unità intatta del foglio, la fermezza e l'integrità del suggello al tempo dell'apertura fanno fede di questa identità. Se su l'involto non cadesse l'attestazione, non vi sarebbe più la prova reale di questa identità. In breve, l'identità dell'involto connessa con le firme dei testimonj e del Notajo, e co 'l suggello integro identico a quello che fu apposto, prova l'esclusione d'ogni scambio di cedola, e quindi l'identità della cedola medesima, che forma lo scopo diretto e proprio delle formalità estrinseche o comprovanti del testamento mistico.

§ 839. Per lo che in ultima analisi si può concludere, che l'identità della volontà interna del testatore con la carta o cedola risulta legalmente dalla dichiarazione fatta dal testatore al Notajo ed ai testimonj, che in quella tal carta sta espressa la sua volontà; l'identità poi di quella tal carta, nell'atto dell'apertura, con quella che fu realmente presentata dal testatore, risulta in prima origine dalla presentazione e dichiarazione del testatore, e dalla chiusa e suggellazione senza scambio della medesima; e in séguito dalla integrità del suggello apposto, dalle firme e testificazioni del Notajo e dei testimonj, fatta in modo ch'escluda il sospetto di qualunque sostituzione di altra carta diversa da quella che fu realmente presentata ai testimonj ed al Notajo medesimo.

Questa doppia identità forma l'oggetto dell'Atto di soprascrizione, il quale propriamente altro non è che un processo verbale, ossia una narrazione in iscritto del Notajo, assicurata sì da lui che dai testimonj,

della esecuzione di tutte le particolarità sopra contemplate, valevoli ad assicurare l'identità della cedola testamentaria.

E siccome non potrebbe constare di tutte le circostanze suddette, se tutte non fossero narrate; così l'Atto di soprascrizione sarebbe imperfetto, e quindi non comprovante tutti gli estremi della identità stessa, se non contenesse la specifica menzione di tutte le anzidette particolarità.

§ 840. È vero che la legge altro non esprime, se non che il Notajo formerà l'Atto di soprascrizione, senz' aggiungere espressamente ed esplicitamente che quest'Atto debba contenere l'espressa menzione delle funzioni ingiunte dalla legge per la formazione del testamento mistico; ma con tutto ciò è necessario intendere che la legge quando ordinò che si formasse l'Atto di soprascrizione, abbia ordinato una completa menzione in iscritto di tutte le formalità prescritte dal Codice medesimo; talchè l'omissione non della forma medesima, ma della menzione, importi la nullità (1).

---

(1) Vedi pag. 67 a 69 del Tom. IV. del *Giornale di Giurisprudenza*, con le relative Decisioni (*).

(*) Ecco le Decisioni, alle quali allude l'Autore in questa nota.

« Decisione. — Sopra ricorso dei signori Ottavio Monza, Francesco Donadelli ed Alessandro Arrigoni, per la Cassazione della Decisione 3 Novembre 1808 della Corte d'Appello in Venezia nella Causa vertita fra essi reclamanti, e li signori Carlo, Bernardo e Antonio Baldissarotti, in punto che fosse dichiarata nulla la carta di asserito testamento del fu Gio. Antonio Dizieretti;

Vista la Decisione 10 Aprile 1809 della Sezione prima della Corte di Cassazione, con cui fu ammesso il predetto ricorso;

Udito il rapporto del sig. Giudice Bazzetta;

Udito il sig. Avvocato Gambarana per li ricorrenti;

Udito il sig. Avvocato Gerardi per li consorti Baldissarotti;

Udito il sig. Valdrighi Regio Procuratore generale, il quale ha concluso per la rejezione del ricorso;

Ritenuto in fatto che nel giorno 11 Settembre 1808 cessò di vivere nella Comune di Braganze Gio. Antonio Dizieretti, e nel successivo giorno 17, previa ordinazione del Presidente del Tribunale civile di Vicenza, è stato presentato dal Notajo Gio. Battista Sciessere al Giudice f. f. di Presidente l'originale mistico testamento del detto fu Gio. Antonio Dizieretti, suggellato a sei bollini, nella sopracarta del medesimo si rilevarono l'Atto di consegna scritta e sottoscritta dal Notajo, la firma del testatore, nonchè la firma di sei testimonj, cinque dei quali presenti, che riconobbero le loro firme;

Che dissuggellato ed aperto dal Giudice il presentato testamento, si rilevò che dentro l'involto, su'l quale eravi l'Atto di soprascrizione, v'era una carta di testamento in data 3 Settembre 1807, in carta bollata, firmata dal testatore ed anche dal Notajo, nel quale aveva disposto della sua facoltà a favore dei signori Ottavio Monza, Francesco Donadelli ed Alessandro Arrigoni, del qual atto di aperizione fu eretto il processo verbale, stato unito agli Atti della Causa;

Che publicatosi il detto testamento, insorsero li signori Carlo, Bernardo ed Antonio Fratelli Baldissarotti, quali più prossimi parenti al defunto, e con Atto d'Usciere 17 Maggio 1808 citarono li sopra nominati Monza, Donadelli ed Arrigoni avanti la Corte di Vicenza, a vedere essere decisa la nullità di cer-

841. Una particolare osservazione occorre di fare su la forma della chiusa e suggellazione. Nel testamento místico la prova dell'identità della cedola non si restringe solamente al momento in cui si celebra l'Atto, ma si estende a tutto quel tempo che decorre dalla celebra-

---

ta carta in data 3 Settembre 1807, intitolata *Testamento místico,* appare fatto dall'ora fu Antonio Dizieretti del fu Innocente, pretesa rogarsi da Notajo di Braganze Gio. Battista Sciessere, come mancante delle solennità e dei requisiti dalla legge prescritti, per l'oggetto che, decisa la nullità, abbiano luogo i diritti della legitima successione nelle forme dalla legge ordinate;

Che, dietro la suddetta conclusione, aggiunsero nella stessa citazione la seguente offerta di provare la nullità per difetto di legali solennità, anche co'l mezzo di testimonj, senza che dalle circostanze di fatto abbia a dipendere la nullità contestata in puro esame di legge;

Ritenuto che li rei convenuti nelle loro difese risposero che, quanto alla nullità per mancanza di solennità del testamento, esso era incensurabile, ed opposero l'incompetenza delle offerte prove testimoniali; che sopra tale incidente seguì giudizio, e la Corte di Giustizia di Venezia, in contumacia de'consorti Baldissarotti, giudicò inammissibile la prova testimoniale;

Ritenuto che li consorti Baldissarotti, rinunciando a qualunque reclamo potesse loro competere contro la suddetta Sentenza contumaciale, risposero alla difesa de'rei convenuti, che la nullità dell'asserito testamento risultava chiara in esame di legge, indipendentemente dalle circostanze di fatto, su cui essi attori avevano offerto la prova testimoniale, facendo però osservare che nel processo verbale di apertura della carta pretesa testamento si diceva ch'era sottoscritta dal testatore, quando ciò non risultava dall'Atto di soprascrizione;

Che la Corte di Giustizia di Vicenza il giorno 23 Agosto 1808, ritenendo che constasse a bastanza dalla sottoscrizione del testatore alla carta del testamento, e che questo fosse stato dal testatore presentato suggellato, e su 'l riflesso che dal Codice non era ingiunto al Notajo di fare una espressa menzione, giudicò esser valido il detto testamento;

Ritenuto che gli attori interposero l'appellazione avanti la Corte di Appello in Venezia contro il Giudicato suddetto;

Ritenuto che la Corte di Appello in Venezia il giorno 3 Novembre 1808, dietro l'udienza tenutasi, pronunciò la Decisione, con cui ammessa l'appellazione interposta, e riformata la Sentenza 23 Agosto della Corte di Giustizia in Vicenza, dichiarò nulla la carta di asserito místico testamento Dizieretti, rogata il 3 Settembre 1807, e ciò su 'l motivo che dall'Atto di soprascrizione non risultava che l'asserita carta di testamento místico fosse stata presentata dal testatore suggellata, o che si fosse in quella occasione suggellata, come egualmente dal detto Atto che il testatore avesse dichiarato d'aver egli sottoscritto la carta inchiusa di testamento;

Ritenuto che contro la suddetta Decisione li rei convenuti Monza, Donadelli ed Arrigoni interposero la domanda per la cassazione di detta Sentenza, e nella scrittura di reclamo esposero

Che nessuna dísputa fu promossa dagli attori sia su l'avere il testatore sottoscritto le sue disposizioni, sia su l'essere la carta che serviva d'involto chiusa e suggellata, e così presentata dal testatore al Notajo ed a sei testimonj, sia su l'avere lo stesso testatore dichiarato che il contenuto in quella carta era il suo testamento scritto da altri e da essi firmato, sia su l'avere il Notajo firmato l'Atto di soprascrizione esteso su la carta che serviva d'ínvolto, sia finalmente su l'essere stato questo Atto sottoscritto dal testatore e dal Notajo unitamente ai testimonj senza deviare ad altri Atti;

Che dei predetti fatti e circostanze costituenti, a termini dell'art. 976. del Codice Napoleone, il testamento místico non ne fu mai

zione del testamento mistico fino alla di lui apertura. Dunque la legge doveva prendere quelle cautele che riuscissero le più opportune a prevenire, nell'intervallo fra la celebrazione del testamento mistico e la di lui apertura, il pericolo della sostituzione d'una cedola diversa da quella

---

posta in dubio la possibilità e la sussistenza, che da sè solo deve bastare per costituire la validità finchè non siasi provato il contrario, e che per l'Atto publico, qual è il testamento ricevuto dal Notajo, sta la presunzione che sia vero e solenne;

Che la legge, per assicurare le ultime disposizioni nel testamento per Atto publico, ingiunse pure infinite precauzioni, e vuole all'art. 972. che di tutto si dovesse far espressa menzione;

Che all'incontro nel testamento mistico si accontentò di prescrivere in genere che il Notajo formasse l'Atto di soprascrizione su 'l foglio che serve d'involto, e su 'l punto della menzione si limitò all'art. 976. a voler quella dell'impedimento sopragiunto al testatore, per cui non avesse potuto soprascrivere, e nell'art. 979. su 'l testamento di chi non può parlare;

Che la legge non avendo prescritta una forma d'Atto di soprascrizione, basta il solo fatto, e che l'omissione di maggiori menzioni di quelle dalla stessa legge ordinate è indifferente per la validità del testamento, e che l'art. 1001. del Codice Napoleone non percuote il caso in disputa;

Che la Decisione della Corte d'Appello in Venezia ha ne' suoi *considerando* imaginata una nuova formalità, e che si è falsamente applicata all'art. 1001. del Codice Napoleone;

Che il testamento era munito di tutte le qualità e forme prescritte, perchè fosse aperto dopo la morte del testatore; e furono trovati i suggelli sani ed illesi all'atto dell'aperizione;

Che il vero stato della contestazione della lite è vertito su 'l punto unico dell'obligo che avesse il Notajo di far menzione nell'Atto di soprascrizione di ciò che avvenne nell'erezione del testamento, e però la presunzione di diritto assiste la validità del testamento ridotto ad Atto publico;

Che non devonsi mai pretendere maggiori solennità di quelle che furono prescritte dalla legge; essere certa nel testamento mistico di cui trattasi la volontà del defunto Gio. Antonio Dizieretti, che con la reclamata decisione in contravenzione agli articoli 1001. 1002. del Codice Napoleone fu tolta la sostanza al legitimo erede, e però si domanda che sia cassata la detta Decisione 17 Novembre 1808 per tutti gli esecutivi effetti di ragione;

Ritenuto che li signori Carlo, Bernardo ed Antonio Baldissarotti risposero al suddetto ricorso, esponendo

Che il testamento di Antonio Dizieretti si dimostrava da sè stesso nullo, giacchè l'Atto di soprascrizione è quello che costituisce l'essenza del testamento mistico, diretto a far fede della certezza ed identità delle disposizioni del testatore, e che la volontà del Dizieretti non fosse assicurata nei modi prescritti dalla legge, basta il confronto dell'articolo 976. del Codice Napoleone con l'Atto medesimo;

Che il detto articolo prescrive che la carta contenente il testamento, o quella che servisse d'involto, sia chiusa e sigillata; che si presenti dal testatore al Notajo ed ai testimonj, oppure la facia chiudere e suggellare in loro presenza; che non risulta che il testatore la presentasse al Notajo e ai testimonj chiusa e suggellata, nè che la facesse chiudere e suggellare in loro presenza;

Che lo stesso articolo vuole che il testatore dichiari al Notajo e ai testimonj essere in quella carta contenuto il suo testamento scritto e sottoscritto da lui, o scritto da un altro e da esso firmato, e nell'Atto soltanto si dichiarò essersi in quell'involucro collocato un foglio contenente il suo testamento, *fatto scrivere da me Notajo*, e nulla più; mancando la dichiarazione di averlo esso firmato, dichiarazione dalla legge voluta per renderlo

che fu realmente presentata. Si dirà che per questo intento giova la sottoscrizione del testatore alla cedola medesima. Io rispondo che ciò potrebbe giovare nel supposto che un testatore non facesse che un solo testamento mistico; ma constando che ne può fare parecchi e rivocare

---

indubitabile, onde non consta dell'esecuzione di questi due Atti essenziali;

Che la semplice presunzione renderebbe incerta ed ambigua la prova solenne e certa dell'esecuzione della formalità di un testamento;

Che la legge parla in un modo evidente per dinotare che l'Atto di soprascrizione di un testamento mistico erigesi per far fede delle solennità dalle leggi indicate, e quest'Atto deve contenere la serie dei singoli atti, circostanze e dichiarazioni, e non vi sarebbe più Atto se per equipollente si potessero ritenere le formalità necessarie;

Che l'art. 1001. del Codice Napoleone comprende l'inosservanza di tutte le formalità alle quali sono soggetti i diversi testamenti;

Che l'Atto publico non è tale se non quando è eretto nelle forme; che un testamento può esser vero e non solenne; ma, qualunque sia la verità, manca di solennità, e nessuna presunzione è valevole a guarentirlo;

Che la legge ha prescritto a colui che vuol fare un testamento mistico di consegnarlo nella forma indicata, di assicurarlo nel modo prescritto, di dichiarare il proprio fatto, e non constando delle medesime, non è più certo che siansi eseguite, e doveva aver luogo la pena;

Che non importa che nel foglio testamentario vi sia la firma del testatore, ed essa non è nè certa nè vera nelle forme della legge; e ciò basta perchè non meriti alcuna fede, nè abbia alcun effetto; e non importa del pari che dall'Atto di soprascrizione risulti la consegna dell'involucro, e che il testatore abbia ordinato al Notajo di conservarlo ne' suoi Atti qual testamento mistico, non essendo la volontà del disponente di testare in cotal forma, ma l'adempimento di quella forma che costituisce il mistico testamento;

Che nè l'analisi di fatto estranea alla discussione, nè quella di diritto condurrebbe nè meno a dubitare che si potesse ammettere alcuna identità ed equipollenza nelle prove della formalità del testamento in questione;

Visto l'art. 1001. del Codice Napoleone, così concepito: *Le formalità alle quali sono soggetti i diversi testamenti in forza delle disposizioni della presente e della precedente Sezione, devono essere osservate sotto pena di nullità;*

Considerando che in vigore del precedente art. 976. il testamento mistico è assoggettato fra le altre alle seguenti due formalità: 1.° *che il testatore presenti al Notajo, ed a sei testimonj almeno, chiusa e sigillata la carta in cui furono estese le sue disposizioni, e quella che servirà d'involto quando vi sia, e se non fosse chiusa e sigillata la facia chiudere in loro presenza;* 2.° *che il testatore dichiari alla presenza delle stesse persone, che il contenuto in quella carta è il suo testamento, da esso scritto e sottoscritto, o scritto da un altro e da esso firmato;*

Considerando che l'osservanza delle su accennate solennità non risulta dall'Atto di soprascrizione, la di cui formazione venne ingiunta al Notajo;

Considerando che un tal Atto è il mezzo indotto dalla legge appunto per far fede delle solennità prescritte eseguirsi al tempo della presentazione della carta di mistico testamento;

Considerando quindi che la Corte d'Appello non ha contravenuto alla legge nel ritenere la mancanza delle predette solennità, il di cui adempimento giudicò non risultare dal medesimo Atto di soprascrizione;

Ha rigettato il ricorso dei signori Ottavio Monza, Francesco Donadelli ed Alessandro Arrigoni,

Ed ha condannato essi ricorrenti nella multa di lire trecento a profitto del publico Tesoro, e di lire cento cinquanta a profitto delle parti, oltre la rifusione delle spese.

gli antecedenti (come l'esperienza tuttodì lo comprova), così se questa ragione sarebbe concludente per impedire la sostituzione di un'altra cedola non sottoscritta dal testatore, non sarebbe concludente per escludere la sostituzione di un testamento anteriore sottoscritto dal testatore,

---

E questa Decisione venne pronunciata all'udienza tenuta dalla Sezione seconda della Corte di Cassazione il giorno 26 Agosto mille ottocento nove, presenti il signor Antonio Negri Presidente, e li signori Giudici Giuseppe Luvini, Guido Villata, Giovanni Bazzetta, Giuseppe Ragazzi, Francesco Pedrabizzi, e Cesare Scaccabarozzi (de' 26 Agosto 1809). "

(Dal *Giornale di Giurisprudenza* del 1812, Tom. IV. pag. 53-63.)

" Decisione. — La Corte, dietro le Conclusioni di M. Pons, Avvocato generale.

Attesochè la Decisione impugnata, lungi dall'essere contradittoria all'art. 976. del Codice Napoleone, non ne contiene che una legitima applicazione, perchè non solo è fondato sopra la mancanza di una menzione non espressamente voluta, ma eziandío su 'l fatto espresso nella mentovata Decisione, che la presentazione del testamento, fatta dalla medesima testatrice al Notajo ed ai testimonj, non risulta dai termini co' i quali è compiuto l'Atto di soprascrizione, ciò che trae la ricognizione dell'inosservanza del detto art. 976., e quindi l'applicazione della nullità pronunciata dall'art. 1001. del detto Codice.

Ritenuto che il su riferito art. 976. esigeva, oltre la mentovata esibizione, la doppia formalità della chiusura e della suggellazione del suddetto testamento, la Corte d'Appello di Douai ha potuto legalmente pronunciare, che con una semplice chiusura, senza apposizione di alcun suggello, non sono state osservate queste formalità; rigetta, ec.

Del 7 Agosto 1810. — Sezione dei ricorsi (*).

Osservazione.

Considerando queste Decisioni con una vista superficiale, si direbbe che i Tribunali italiani e francesi hanno deciso d'accordo la questione, se la mancanza di menzione equivalga a mancanza di formalità, anche nel caso che il Legislatore abbia bensì ingiunto l'adempimento della formalità sotto pena di nullità, ma non ne abbia ordinata la menzione; ma osservando più profondamente la cosa, si rileva che la questione generale rimane ancora indecisa, perchè si può disputare se il Legislatore avendo ordinato l'Atto di soprascrizione, abbia con ciò stesso ordinata la menzione di tutte le formalità da lui precedentemente prescritte per il testamento místico. È chiaro allora che la questione non verserebbe più su l'ipotesi che la legge non abbia ordinata la menzione, ma bensì se per equipollenza l'abbia ordinata, comandando che si facia l'Atto di soprascrizione. Imperocchè si poteva dire che la soprascrizione è in sè stessa una menzione, anzi essa non è altro che menzione. Di fatto il Notajo chiamato a scrivere, lascia memoria di qualche cosa. Questo scritto di che mai deve far memoria? Forse della storia di Adamo, o del Cavalliere dalla trista figura? La legge vi risponde che deve far memoria della consegna fatta a lui della schedula testamentaria, e delle altre funzioni transitorie imposte al testatore. — Ma se il Notajo potesse omettere impunemente la menzione di alcuna di queste circostanze, egli per eguale ragione la potrebbe omettere rispetto ad ogni altra, appunto pe 'l motivo che la legge non avendo comandato che si facesse menzione più tosto dell'una che dell'altra, non ne ha specialmente eccettuata alcuna. Se dunque tale ragione dovesse valere per una sola, dovrebbe pur valere per tutte; e per conseguenza la cosa si ridurrebbe al punto di volere un Atto di soprascrizione che non esprimesse nulla; quindi sarebbe nello stesso tempo e non sarebbe Atto di soprascrizione, ma bensì uno scritto su-

(*) Vedi Sirey, *Recueil générale des lois et des arrêts*, Tom. X. Parte I. pag. 353-354.

e rivocato da un posteriore testamento a cui fu apposto il nuovo Atto di soprascrizione. Ciò tanto più si conferma dal riflettere che la data del testamento mistico non si deduce dalla data della cedola, ma bensì da quella dell'Atto di soprascrizione; talchè se la cedola portasse una data mancante, o fosse anche priva di data, ciò non importerebbe la nullità, come fu già osservato nel caso del testamento Triboullon, deciso dalla Corte di Cassazione dell'Impero il 14 Maggio 1809 (1).

È dunque manifesto che se il testamento non fosse chiuso in maniera da prevenire ogni sostituzione di una cedola diversa, o non facesse scoprire e legitimamente sospettare della sostituzione medesima quando fosse praticata, la legge non avrebbe proveduto a bastanza con l'ordinare le forme transitorie dell'Atto di presentazione. Con questa mira la legge ordinò che la carta o cedola fosse chiusa e sigillata, come prescrive l'art. 976.

§ 842. Ma se il testamento fosse stato chiuso con una cialda (volgarmente detta *bollino* o *obbiadino*), o con pasta-glutine, o con cera qualunque, senza impronto di suggello, si potrebbe forse riputare chiuso e suggellato secondo il disposto della legge? Si potrebbe forse, in mancanza d'impronto d'un suggello, ritenere la chiusa e suggellazione fatta

---

perfluo, ed estraneo all'Atto testamentario voluto dalla legge, e del quale essa ordinò la memoria permanente, munita della fede del testatore, dei testimonj e del Notajo.

Se dunque egli è innegabile che l'Atto di soprascrizione deve contenere sì fatta memoria, e s'egli pur è innegabile che la legge non eccettuò nè limitò la funzione a veruna particolare circostanza, ne nasce la evidente conseguenza, che co'l comandare in generale l'Atto di soprascrizione comandò pure la menzione dell'adempimento di tutte le formalità da prima prescritte, niuna eccettuata; e per ciò stesso che non ne escluse veruna, volle espressamente la menzione di tutte sotto pena di nullità, poichè ordinò la soprascrizione sotto pena di nullità.

Non è dunque vero quanto asserirono i sostenitori della mancanza di menzione, che la legge non l'abbia ordinata; e però tutta la questione si riduceva a vedere se questa menzione era stata comandata per equipollenza, o no.

Rimane dunque intatta la ricerca generale sovra proposta: se nel positivo silenzio del Legislatore su l'obligo della menzione dell'adempimento di una formalità prescritta sotto pena di nullità, abbia luogo la regola: che la mancanza di menzione equivale a mancanza di esecuzione, e quindi porti seco la nullità dell'Atto. »

(Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* del 1812, Tom. IV. pag. 66-69.)

(1) Vedi in séguito la nota al § 882. Io credo ciò non ostante che per prevenire la sostituzione di un testamento rivocato ad un testamento posteriore sarebbe utile la cautela o di segnare nella cedola la data del giorno, mese ed anno per esteso, o di far menzione nell'Atto di soprascrizione di questa data precisa apposta alla cedola medesima, a cui si annette la soprascrizione; o almeno di far dichiarare al testatore se questo testamento sia unico: e nel caso che dichiari non essere unico, ch'esso è rivocatorio di altro anteriore o anteriori celebrati sotto il dato giorno, mese ed anno, facendone menzione nell'Atto di soprascrizione.

come valida, ovvero il testamento si dovrebbe riputare come nullo? Tale questione, che veramente versa su l'interpretazione dell'art. 976, fu decisa negativamente il giorno 7 Agosto 1810 dalla Corte di Cassazione dell'Impero [1].

« Quanto alla formalità di chiudere il testamento con un suggello (objettavano i sostenitori della validità del testamento Buvet), non solamente questa non è stata prescritta dalla legge, ma eziandío l'adempimento non riesce d'alcuna utilità, a meno che non si cambi la Legislazione su i testamenti místici. Quantunque l'art. 976 del Codice esiga che il testamento sia chiuso e suggellato, sarebbe nonpertanto abusare del vero senso di questa espressione se si pretendesse che il testatore dovesse, sotto pena di nullità, far uso di un suggello portante un impronto particolare. Si fa uso della parola *suggellare* non solamente quando si mette un suggello sopra una materia qualunque, ma eziandío ogniqualvolta si connettono due corpi insieme in maniera ch'essi non possano essere separati senza frazione (così dicesi *suggellare in piombo, in mastice*, ed *in gesso*); ed è in questo senso che parla il Codice Napoleone, quando dice che il proprietario si ritiene avere annesso al suo fondo degli effetti mobiliari a perpetuità, quando essi sono attaccati con gesso. »

« D'altronde, e perchè mai richiedere che il testamento sia chiuso con un suggello? Senza dubio, ad effetto di prevenire le frodi che si potrebbero commettere; ma se non si può costringere il testatore a servirsi di un suggello particolare, e se il Notajo non è tenuto a fare processo verbale della qualità dei suggelli in presenza del testatore e dei testimonj, qual conto dovrassi mai fare d'una formalità che potrà eseguirsi da colui che per primo avrà nelle mani il testamento? Allorchè la legge ha pronunciato la nullità di un Atto, non conviene che un terzo possa rendere senza effetto una tale disposizione. Ciò accaderebbe qualora fosse in arbitrio, sia del Notajo, sia di tutt'altra persona, d'imprimere un suggello sopra un testamento, su 'l quale questa formalità non fosse stata adempiuta. Le leggi romane potevano esigere che i testatori apponessero i loro suggelli su i testamenti, a motivo che i Romani solevano portar seco i suggelli. Ma quest'uso non fu giammai adottato in Francia, come attesta Furgole, *Trattato dei testamenti*, Capitolo II. — Basta (dice quest'autore) che chiudendo la carta, o coprendola d'un involto,

(1) Vedi pag. 66-67 del Tom. IV. del *Giornale di Giurisprudenza* (*).

(*) Vedi il brano riportato nella nota al § 840. (DG)

si prendano le precauzioni richieste ed usitate, ad effetto che non si possa sostituire un altro scritto in iscambio di quello che contiene la vera volontà del testatore. — Ciò nonpertanto la legge voleva allora, come oggidì, che il testamento fosse chiuso e suggellato: d'onde deesi conchiudere, che la volontà del Legislatore sia adempiuta ogniqualvolta il testamento sia chiuso in maniera che non possa venire aperto senza lacerare l'involto. »

§ 843. Malgrado queste ragioni, fu deciso in senso contrario, e dalla Corte suprema fu riconosciuto che la forma voluta dal Codice Napoleone non fu osservata *con una semplice chiusura, senz' apposizione d'impronto o suggello* (1). Così fu dichiarata espressamente l'intelligenza del testo della legge per ciò che riguarda la suggellazione; e si rileva che per costituire la suggellazione voluta dalla legge si ricerca non solamente che la carta venga chiusa con pasta o con cera, ma che su questa pasta o su questa cera sia impresso l'impronto d'un suggello, e che di tutto ciò si facia espressa menzione.

§ 844. Dopo l'esecuzione di questa formalità succede il processo verbale, ossia la dichiarazione che fa il Notajo su'l testamento chiuso e suggellato. Quì nasce una questione. In questo processo verbale interviene la sottoscrizione dei testimonj. Si domanda se la disposizione dell'articolo 974 del Codice Napoleone, il quale dichiara che nelle campagne basterà che il testamento sia sottoscritto da minor numero di testimonj, di quello che fa d'uopo nelle città, si possa estendere ai testamenti mistici.

A questa domanda, pure di ragione interpretativa, fu concordemente risposto negativamente da ripetute Decisioni di più Corti d'Appello dell'Impero francese, confermate finalmente da una Decisione del 20 Luglio 1809 della Corte di Cassazione. Da esse risulta che la disposizione del citato art. 974. è totalmente relativa al testamento per Atto publico, di cui si parla nell'art. 971; e però l'art. 974 non si può per analogía applicare al testamento místico, ma per lo contrario in questa specie di testamenti è necessario l'intervento di sei testimonj, come prescrive l'articolo 976.; ed è pur necessario che tutti si sottoscrivano, come dispone il detto articolo, sotto pena di nullità (2).

---

(1) Vedi la pag. 67 del Tom. IV. del *Giornale di Giurisprudenza* (*).

(*) Vedi la nota al § 840. (DG)

(2) Vedi la Decisione della Corte d' Appello di Liegi del 29 Maggio 1806 nella Causa fra gli eredi e i legatarj Kepper Sugermann (Sirey, Tom. VI. Parte II. pag. 173); la Decisione della stessa Corte del 29 Maggio 1808 fra Ottofroctzheim contro Kupper (Sirey, Tom. IX. Parte II. pag. 245); la Decisione della Corte d' Appello di Bordeaux del 12 Aprile 1807 fra Durand Durcclus e

§ 845. Si dirà forse per ciò che le forme dei testamenti siano in generale così incomunicabili fra una specie e l'altra, talchè p. e. il testamento místico se non vale sotto questa forma, non possa valere come testamento ológrafo? Questa conseguenza non sarebbe esatta tutte le volte che nel testamento místico si verificassero tutte le forme volute dal testamento ológrafo. Ora esaminando l'art. 976., prescrivente le forme del testamento místico, noi troviamo che talvolta può essere fatto in modo da contenere tutte le formalità del testamento ológrafo. « Quando un testatore (ivi si dice) vorrà fare un testamento místico o secreto, dovrà sottoscrivere le sue disposizioni tanto se siano scritte da sè stesso, quanto se le abbia fatte scrivere da un altro. » Quì dunque si suppone il caso di una cedola testamentaria scritta per intiero dal testatore, che devesi sottoscrivere da lui. Se aggiungete la data pure apposta di carattere del testatore, qual condizione mancherà affinchè la cedola non sia un testamento ológrafo? Leggasi l'art. 970., e si rimarrà convinti di questa perfetta identità.

Se dunque a sì fatta cedola si aggiunga un Atto di soprascrizione per avventura irregolare, nulla osta che se l'Atto non può valere come testamento místico, non valga come testamento ológrafo, qualunque sia stata l'intenzione del testatore nel rivestirlo delle forme proprie del testamento místico. La forza testificativa della forma usata è indipendente dalla volontà di chi l'impiegò; essa di sua natura fa fede della verità dell'Atto per ministero solo della legge, la quale scegliendo la forma ológrafa, ebbe in mira la forza testificativa di questo mezzo, avuto riguardo alla natura delle cose, anteriormente ed indipendentemente dalla volontà dei particolari, in potere dei quali non istà il fissare la credibilità d'un dato mezzo di prova, come non istà in potere dello stesso Legislatore che lo trascelse, onde far fede della verità ossia dell'identità della volontà del testatore, con quella che viene espressa dall'Atto medesimo.

§ 846. In appoggio di questa ragione si può consultare una Decisione della Corte d'Appello di Venezia del giorno 7 Aprile 1809, ed un'altra della Corte d'Appello dell'Impero francese di Aix del 18 Genajo

---

sua moglie contro Brochart Puylloy (Sirey, Tom. VIII. Parte II. pag. 158); e finalmente la Decisione della Corte di Cassazione del 26 Luglio 1809 in questa medesima Causa, confermante la Decisione antecedente della predetta Corte di Bordeaux (Sirey, Tom. IX. Parte I. pag. 370). (*)

(*) Queste Decisioni si leggono in una nota nel *Giornale di Giurisprudenza*, Tomo V. pag. 20 a 32; ma non essendo necessarie si omettono, come furono omesse anche in altre edizioni di questo scritto. (DG)

1808 (1). Lo stesso deve aver luogo nel caso contemplato dall'art. 979., nel quale si figura che un testatore non possa parlare, ma possa scrivere. Ivi la legge avendo imposto la condizione, « che il testamento sia interamente scritto, datato e sottoscritto di propria mano e carattere del testatore, » ed avendo con ciò ordinate tutte le forme prescritte nell'articolo 970. per il testamento ológrafo, ne viene che se per qualche irregolarità nell'Atto di soprascrizione questo testamento non potesse valere come testamento místico, dovrebbe valere come testamento ológrafo. In verità si può dire allora che la questione riducesi ad una dísputa di parole, perchè un testamento di questa natura è precisamente un testamento ológrafo, vestito sovrabondantemente con le divise di testamento místico. E siccome in materia di forme la sovrabondanza non vizia, ma riconferma l'Atto, così nel caso nostro tolta la sovrabondanza, rimane il necessario.

§ 847. Dalle cose esposte sin quì risulta che tutto il sistema delle forme ordinate per il testamento místico tende essenzialmente a far fede della identità della espressione del documento con la volontà manifestata dal testatore. L'identità immediata fra l'intenzione del testatore e il contenuto nel documento è attestata dalla cedola ossia dallo stesso autore del testamento, che scrive, sottoscrive o approva, dopo la lettura propria dello scritto dettato ad altri, il contenuto stesso. L'identità poi della cedola presentata al Notajo con quella che fu estesa dal testatore viene comprovata dalla di lui effettiva presentazione della cedola stessa, e dichiarazione al Notajo ed ai testimonj. L'identità finalmente di questa cedola con quella che si riscontra nell'atto dell'apertura viene comprovata da tutti i mezzi che al momento dell'apertura comprovano che la cedola, che allora si apre, è quella stessa che fu presentata chiusa, consegnata e soprascritta dal Notajo, dal testatore e dai testimonj: lo che risulta dalla integrità della carta e dei suggelli apposti, nonchè dal riscontro delle indicazioni espresse nel processo verbale di soprascrizione con le cose e circostanze contenute nel documento.

§ 848. Questa catena, in cui ogni identità si risolve in un'altra per finire in un solo punto, risulta dall'osservanza di formalità parte transitorie o fuggitive, e parte permanenti. Così l'Atto della presentazione e delle dichiarazioni verbali fatte dal testatore sono cose transitorie; lo scritto poi, sia nella cedola, sia nella carta esterna fatta dal Notajo, dal

(1) Anche queste Decisioni sono riportate in un'altra nota nel *Giornale di Giurisprudenza,* Tom. V. pag. 32 a 51. S'intende benissimo il testo, senza bisogno di riferirle. (DG)

testatore e dai testimonj, ed inoltre la esistenza della chiusura, dei suggelli intatti ec., sono cose permanenti. Dico *la esistenza della chiusura* e *dei suggelli intatti*, più tosto che esprimere la *contestività* dell'atto della chiusura e dell'apposizione dei suggelli. Riferendoci noi con la mente al tempo dell'apertura del testamento, il vederlo allora chiuso e ben suggellato prova bensì che questa chiusura fatta con suggelli esiste, e che questa funzione fu fatta in un tempo anteriore all'apertura; ma non prova concludentemente ch'essa sia stata fatta *contestivamente* all'atto della presentazione e dichiarazione, e prima dell'Atto di soprascrizione. Ora da questo modo preciso risultando l'identità della cedola chiusa, e questo modo o contestività essendo cosa transitoria, risulta che nel testamento mistico le forme transitorie sono tre; cioè: 1.° la *contestività* o la *coesistenza* della chiusura, della suggellazione e della consegna al Notajo; 2.° l'*atto di presentazione* al Notajo ed a sei testimonj; 3.° la *dichiarazione* del testatore, che il contenuto in quella carta è il suo testamento. — Il tutto prima dell'Atto di soprascrizione.

§ 849. Le forme poi transitorie rendonsi in qualche maniera permanenti mediante la menzione che si deve fare della loro esecuzione nel processo verbale, ossia nell'atto di soprascrizione scritto dal Notajo e sottoscritto dai testimonj; talchè in fine tutto è reso permanente e perpetuo.

Per altro questa distinzione tra le forme permanenti e le transitorie è infinitamente importante per la questione del giudizio provisorio, o definitivo, irrevocabile della nullità o validità dell'Atto, come sopra si è veduto: perocchè nel caso della inosservanza di una forma per sè permanente il giudizio è irrevocabile, e la nullità è irrimediabile; dovechè nel caso della mancanza di menzione, ma non di omissione d'una forma transitoria, pare (in linea almeno di ragione) che il giudizio di nullità non debba essere irrevocabile, e quindi che la nullità si possa sanare.

DELLA RAGIONE DELLE FORME DEL TESTAMENTO SOLENNE OD AUTENTICO [1].

§ 850. Nel testamento solenne il testatore esprime la propria volontà *a voce*, e la trasmette ad un Notajo che la scrive. Tutta la cura dunque del Legislatore si doveva concentrare su l'atto di *ricevere* questo testamento. Dunque tutte le forme che la legge aveva a stabilire dovevano essere dirette ad *assicurare l'identità* fra le cose espresse dal testatore e le cose espresse dal Notajo. Per la qual cosa nell'Atto di ricevimento che fa il Notajo si deve primieramente restringere l'esame, con la mira di verificare la intesa identità.

§ 851. La frase *ricevere un testamento*, riferita all'attualità delle funzioni del Notajo, può intendersi in due sensi: l'uno ristretto, e l'altro ampio. Intendendosi nel senso ristretto, esprime unicamente la funzione che fa il Notajo di ricevere ne' suoi Atti la volontà a lui trasmessa a voce dal testatore; lo che appunto viene eseguito mediante l'azione che fa il Notajo di scrivere quanto gli viene dettato, e munire questo Atto con la fede publica, di cui egli è investito.

§ 852. Ciò è d'essenza della parola *ricevere* applicata alle funzioni di Notajo, com'è noto a tutto il mondo; e ciò appunto è indicato dagli articoli 971. e 972. del Codice Napoleone. La parola *ricevere* poi nel suo più ampio senso racchiude (benchè impropriamente) le forme necessarie, dirette ad assicurare esternamente, ossia a far fede che la redazione del Notajo è conforme ai sensi manifestati dal testatore.

§ 853. Ma questa formalità essendo ordinata a fine di assicurare con una prova visibile, che le disposizioni scritte dal Notajo siano assolutamente quelle stesse che furono espresse dal testatore, perciò il Legislatore volle che dal Notajo si facesse lettura successiva dello stesso scritto al testatore, presenti i testimonj.

---

(1) Ho creduto conveniente di publicare questo brevissimo Articolo dell'Autore, che manca nel *Giornale di Giurisprudenza*, per compiere possibilmente la trattazione dell'argomento. Dopo il Discorso su le forme dei testamenti in genere e del testamento mistico in particolare viene opportunissimo quello del testamento solenne, del quale si tratta in questi pochi paragrafi. (DG)

§ 854. Finalmente perchè non avesse a cader dubio che il Notajo potesse per avventura avere scritta una cosa e lettane un'altra, e che a tutto l'Atto intervennero i testimonj stabiliti, ordinò che il testatore, quando sa o può, sottoscrivesse ogni foglio, ed i testimonj pure si sottoscrivessero, e di tutto si facesse menzione. Tutte queste cautele, stabilite dalla legge come necessarie, formano parte dell'Atto publico, e perciò si debbono eseguire nell'atto di scrivere il testamento solenne. In questo senso formano parte del rógito, e però dell'Atto con cui il Notajo riceve il detto testamento.

§ 855. Il fatto però sta, che l'Atto di ricevere il testamento, preso per sè solo e nel suo stretto significato, consiste essenzialmente nel redigere in iscritto quanto a viva voce viene dichiarato dal testatore. Le altre solennità sono puramente accessorie; talchè se il Legislatore avesse creduto essere cosa impossibile che un Notajo o per errore o per malizia esponga una cosa diversa da quella che a lui fu dettata, non avrebbe apposta altra cautela per assicurarne la verità, nè avrebbe domandato mai una prova, oltre la fede del Notajo medesimo.

Ma considerando la fallibilità e la corruttibilità umana, volle che all'essenza naturale dell'Atto si aggiungessero le altre cautele suddette; e ne impose l'osservanza non per costituire, ma per assicurare la verità dell'Atto, ossia per far prova morale e legale che il testamento ricevuto sia identico a quello che il testatore espresse.

§ 856. Queste cautele per altro furono riputate così necessarie alla verità estrinseca, ossia per far fede della verità dell'Atto, che il Legislatore dichiarò, che senza di esse il testamento (forse d'altronde vero) si debba considerare come privo di ogni fede, e quindi come se non fosse esistito mai: lo che costituisce appunto la *nullità*.

§ 857. La distinzione ora fatta è precisamente marcata dagli articoli 971. 972. e 973. del Codice Napoleone. Volendo di fatto indicare in che consista l'Atto di ricevere il testamento, nell'art. 972. n'esprime le parti, e precisamente ingiunge che debba essere dettato dal testatore e scritto dal Notajo nei termini stessi co' i quali dal testatore medesimo gli viene dettato, ec.

§ 858. La locuzione *nei termini stessi* presenta una questione d'interpretazione legislativa, la quale si estende su tutto l'Atto notarile del testamento solenne, e propriamente è indivisibile dalla funzione di ricevere il testamento. Tale questione, riguardante la *identità* dei termini fra il dettato e lo scritto, si è presentata sotto diversi aspetti.

1.° Questa *identità* può forse dirsi osservata allorchè il testatore

esprimendosi nel vernacolo o cittadinesco o rustico usitato in diverse Provincie, il Notajo facia uso della lingua comune?

2.° Può forse dirsi egualmente osservata allorchè il testatore siasi espresso in una lingua straniera, ed il Notajo abbia scritto l'Atto nella lingua nazionale prescritta dalle leggi per gli Atti suoi?

3.° Avendo il testatore parlato in persona propria, ed il Notajo avendo espresse le parole del testatore in terza persona, si può forse dire aver egli soddisfatto alla legge, che a lui imponeva l'identità su mentovata? — A tutte sì fatte questioni possiamo ora rispondere sommariamente in un modo *affermativo*, poichè ci verrà fatto da poi di produrre i diversi Giudicati, dai quali risulta questa risposta.

Solamente al proposito della traduzione italiana dell'art. 972. faremo osservare quanto segue. L'art. 972. del Codice Napoleone esprime bensì che il testamento debba essere scritto *nei termini stessi* co'i quali viene dettato dal testatore, cioè tal quale viene dettato dal testatore, come esprime il testo originale francese (*tel qu'il est dicté*); ma non esprime che debba essere scritto con le stesse materiali parole, con le quali parlò il testatore. L'oggetto della legge fu di assicurare la prova della identità della volontà dei testatori, come accennano i Motivi, e non di redigere gli Atti testamentarj co 'l vernacolo o cittadinesco o rustico, ora milanese, ora bresciano, ora bergamasco, ora romagnuolo, ec. L'identità quindi dei termini prescritti dalla legge deve riferirsi al senso espresso dal testatore, e non alla materialità dei vocaboli impiegati da lui. O per dirlo altrimenti: i termini scritti dal Notajo debbono esprimere lo *stesso senso* di quelli che furono impiegati dal testatore.

§ 859. In italiano la parola *termine* si usa in più sensi. Ora si usa per *fine* o *compimento* di una cosa; così dicesi *condurre a termine un affare:* ora si usa per esprimere un vocabolo; così dicesi *questo non è termine italiano:* ora per esprimere certi intervalli di tempo; così dicesi *dentro il termine di tanti giorni:* finalmente si usa per esprimere una relazione d'identità ossia meglio di conformità d'una cosa con un'altra; così dicesi *a termine di legge* o *di statuto*, ec.

Nel caso nostro la identità dei termini voluta dalla legge altro non può esprimere che la *conformità del senso* delle parole scritte dal Notajo con quelle che furono proferite dal testatore, come sopra fu dimostrato. Altrimenti ne verrebbe che quasi tutti i testamenti del Regno d'Italia, che dal testatore non fossero dettati in lingua italiana comune, ma fossero stati espressi con lingue vernacole, e con gl'idiotismi più oscuri, redatti dai Notaj in lingua italiana, dovrebbero essere tutti nulli.

OSSERVAZIONI PRELIMINARI

SU LA PENA DI NULLITÀ E SU LA SUA APPLICAZIONE.

Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* del 1812,
Tom. IV. pag. 79 a 246.

---

§ 860. Il secondo oggetto preliminare e fondamentale di tutta la materia dei testamenti è l'ispezione riguardante l'applicazione della pena di nullità. Hannovi certi principj generali, suggeriti dalla ragione ed avvalorati dall'autorità, co' i quali viene sicuramente regolata quest'applicazione. Quì li richiamerò brevemente, onde servire di norma primaria in tutte le questioni relative alle formalità estrinseche dei testamenti, riserbandomi di addurne le speciali applicazioni ai diversi casi che si presenteranno.

§ 861. La parola *nullità* in argomenti legali presenta alla mente altre idée sottaciute. Per sè involge il supposto della esistenza di un dato fatto, in quanto si considera *inefficace* a produrre un dato effetto di diritto. Questa *inefficacia* appunto viene designata co'l nome di *nullità*, perocchè dire *atto nullo* egli è lo stesso che dire *un atto non produttivo di un dato effetto legale.* E siccome sta in potere della legge, o come famulativa della natura, o come operante per propria autorità, di dare o togliere questo effetto; così ne viene che un Atto sarà bensì esistente, ma non sarà legale, ossia operativo dell'effetto della legge.

§ 862. Tre cose si possono considerare in ogni Atto considerato ne' suoi rapporti legali:

1.° I requisiti ossia le formalità essenzialmente costitutive dell'Atto.

2.° Le forme che tendono ad assicurarne la costituzione.

3.° Finalmente le forme che tendono a farne piena fede. Le prime si possono dire *intrinseche* ed *essenziali;* le seconde *estrinseche* ed *accidentali.*

I. Delle formalità intrinseche e delle nullità radicali.

§ 863. Le prime nascono dalla natura stessa della cosa, ossia dagli attributi essenziali di quell'ente morale che chiamasi *Atto*, il quale sostanzialmente non è che un dato fatto dell'uomo morale; il qual fatto si considera composto da certe circostanze anteriori a qualunque altra considerazione.

Considerato l'Atto in questa prima parte, due cose si distinguono nella di lui creazione: la prima cioè l'affezione di tutte le parti essenziali dell'Atto medesimo, fatta astrazione dalla qualità o potenza delle persone che lo celebrano; la seconda è lo stato morale o legale delle persone che debbono concorrere a costituirlo. Così, per esempio, a costituire una vendita è tanto necessario il concorso della cosa, del consenso e del prezzo, che mancandone una sola non si ha più un atto di vendita; come mancando un solo dei lati del triangolo non si ha più un triangolo. Queste condizioni sono indipendenti dallo stato e dalla qualità delle persone che contraggono una vendita.

§ 864. Ma supponendo anche quest'Atto in sè medesimo completo, ossia vestito de' suoi caratteri costitutivi d'una vendita in genere, ciò non ostante può essere fatto con errore, con dolo e con violenza. Può inoltre essere fatto da un fanciullo, da un imbecille, o da altra persona non avente moralità. Quì la ragione e la legge non possono riguardare quest'Atto come *operativo di diritto*, poichè in tutte le transazioni della vita sociale essa presuppone sempre la primaria condizione, che tutti gli Atti vengano fatti con *intelligenza* e *libertà*, che sono appunto i due costitutivi dell'Atto morale, al quale solo la legge e la ragione possono annettere qualche effetto di diritto derivante da una volontà veramente autrice.

§ 865. Queste circostanze, relative tanto alle persone, quanto agli Atti loro conseguenti, formano l'entità stessa di quelle formalità, le quali si denominano *essenzialmente costitutive dell'Atto*. Il simultaneo concorso di esse è necessario onde rendere l'Atto valido, ossia operativo di diritto. La mancanza di qualcheduna di esse costituisce in faccia della legge una *nullità radicale:* lo che significa, che l'Atto vien riputato dalla legge come assolutamente inefficace a produrre un effetto qualunque di diritto volontario, senza che vi sia d'uopo di un'ulteriore indagine su le altre formalità assicurative o comprovanti l'esistenza dell'Atto medesimo.

§ 866. Se in un argomento di tanta evidenza abbisognasse qualche autorità, ecco quella del sig. Merlin e della Corte di Cassazione dell'Impero del 13 Vendemiale, anno X. « Une *nullité radicale* est celle qui » existe à *l'istant même* ou le contrat se passe, qui dès lors en affecte la » substance; qui dès lors le detruit jusque dans sa racine; qui dès lors » l'empêche de se former légalement » (1).

---

(1) Merlin, *Question de Droit*, Tom. VIII. pag. 81.

« Attendu qu'on ne peut entendre sous la dénomination des *nulli-*
» *tés radicales* que celle qui donne lieu de supposer qu'il n'y à point
» eu de contrat entre les parties telles que l'erreur, le dol, la violence,
» l'incapacité des parties, ou autres semblables, mais non un défaut
» d'exécution de la part de l'une d'entres elles, des obligations, qu'elles
» auraient contractés » (1).

§ 867. A qualificare questa specie di *nullità*, e quindi a pronunciare il conseguente effetto, non v'ha bisogno di una speciale ed espressa sanzione del Legislatore, ma in tutti i tempi fu riconosciuto che, data la costituzione, e data pure la capacità richiesta nell'uomo a costituire un dato Atto, egli riesce *ipso jure* nullo, quando manchi di un suo principale o costitutivo requisito, ovvero manchino nell'uomo le principali condizioni atte a produrre l'Atto morale (2).

§ 868. Le altre due classi di formalità versano su le condizioni assicurative e testificative della costituzione dell'Atto ne' suoi rapporti alla legale sua esistenza. Quì entra il solo impero della legge, tanto per istabilire le rispettive forme, avuto riguardo al publico e privato interesse, quanto per pronunciare la rispettiva validità o nullità.

§ 869. Considerando la natura intrinseca delle formalità costitutive dell'Atto legale, noi vediamo che l'Atto conformato deve per sè stesso essere operativo di diritto, quando esso racchiude le debite condizioni tanto per la sua entità, quanto per la capacità delle persone che lo praticarono. Dunque la di lui legale efficacia è anteriore ed indipendente dalle altre forme assicurative e testificative; dunque in linea di ragione naturale esso può esistere ed essere efficace senza queste subalterne ed accidentali formalità, che sopra appellammo *estrinseche*. Di più, lice osservare che tale esistenza ed efficacia è così indipendente dalle instituzioni e dalle leggi positive, che il ministero della legge non è per esse che puramente famulativo, e non costitutivo, tanto se si consideri la legge avuto riguardo alla sua forza costituente, quanto se si consideri riguardo al suo officio nello stabilire le formalità estrinseche. Io mi spiego. Il Legislatore riguardo a queste forme non esercita propriamente un Atto di creazione, ma per lo contrario servendo ai rapporti necessarj e naturali delle cose, egli presuppone che la qualità di esse sia indotta per autorità della sola natura, non rimanendo a lui altro officio,

(1) Merlin, *Questions de Droit*, Tom. VIII. pag. 87.

(2) Tutti gli scrittori sono d'accordo in questa conclusione. Veggasi fra gli antichi Vantius, *De nullitatibus*, sotto il Tit. *Quod et quibus modis nullitas in judicio proponi possit*, n.° 52., con la folla degli scrittori citati.

che quello d'interprete della stessa natura, di promulgatore delle di lei volontà, e di ministro, dirò così, che riveste le leggi stesse naturali con la positiva sanzione della civile società.

§ 870. Ciò è così vero, quanto è vero che le qualità costituenti l'Atto, ossia le forme intrinseche dell'Atto, hanno potuto esistere, ed hanno esistito di fatto prima delle civili società dirette da forme regolari di governo. Così la storia ci attesta che ai tempi ne' quali vigeva il solo governo patriarcale si stipulavano patti e si facevano testamenti senza che fosse introdotta nè meno l'arte di scrivere, e senza che v'intervenissero testimonj. E pure tutti gli espositori della ragione filosofica degli Atti volontarj c'insegnano che tali convenzioni per naturale Diritto erano obligatorie, semprechè vi concorressero i requisiti su menzionati, relativi tanto alla natura dell'Atto, quanto alla capacità ossia moralità delle persone che li celebrarono. All'opposto mancando tali requisiti, si pronunciò sempre che l'Atto fosse nullo senza l'intervento di altra legge positiva, ma per solo ministero delle leggi della natura. Questa distinzione non fu cancellata nè meno sotto l'impero di leggi positive, avvegnachè anche sotto il medesimo si debbono rispettare, per autorità della sola morale, quei vincoli che in faccia alla sola natura sono proclamati come inviolabili.

Non posso quindi convenire con alcuni maestri della morale religiosa, che tendono a snaturare la purità di questi principj, i quali saranno sempre rispettabili per ogni uomo, la di cui probità non sia solamente regolata dal timore e dalla forza dei Littori (1).

§ 871. Ho detto in secondo luogo che la legge positiva, riguardata nel suo officio di stabilire le formalità estrinseche, conferma il principio, che la validità o invalidità intrinseca dell'Atto è sempremai presupposta da lei, e riguardata come opera della sola natura. A che di fatto tendono le formalità estrinseche ordinate dal Legislatore? Forse a derogare in qualche parte alle leggi naturali che costituiscono le parti essenziali dell'Atto? forse a dispensare dalla esecuzione di qualche sua particolarità, e quindi a renderlo sussistente per umana autorità, quando fosse nullo per autorità della natura? No certamente. Tutte le cure di ogni legge ragionevole nell'ordinare le formalità estrinseche ebbero sempre ed hanno per solo oggetto di ordinare tutti i mezzi idonei, onde assicurare unicamente l'adempimento di queste formalità intrinseche. — È dunque manifesto che l'officio del Legislatore è unicamente subal-

(1) Vedi la nota n.° I. in séguito di questo scritto.

terno e famulativo a quello della primaria costituzione naturale dell'Atto; e che ben lungi di volerne togliere o affievolire parte veruna, la legge intende di conservarle tutte, e di assicurarne la dovuta esecuzione. Sia dunque ritenuta la massima, che la esistenza, l'efficacia e gli effetti delle forme intrinseche essenzialmente costitutive dell'Atto in linea di ragione naturale sono *anteriori*, *indipendenti*, ed *operative per sè stesse*, nè per istabilirne la validità o nullità vi ha d'uopo dell'espressa sanzione della legge positiva. Util cosa è per altro che la legge ne esprima i caratteri formali, onde togliere alle private passioni ed all'ignoranza dei governati ogni possibile adito a disputare, e a defraudare ingiustamente altrui de' suoi competenti diritti. Dal che risulta la necessità di buone definizioni legislative e di buone regole generali su questo proposito.

II. Delle formalità estrinseche e delle nullità accessorie.

§ 872. Ma dopo queste osservazioni è pur manifesto che le formalità estrinseche essendo puramente accidentali, separate ed indipendenti dall'Atto considerato in sè medesimo, ed avendo pur anche la sostanza dell'Atto esistito in una maniera indipendente, come ne fa fede tutta la storia dell'infanzia delle società; è, dissi, manifesto che sì fatte estrinseche formalità, sia in linea di fatto, sia in linea di ragione, furono introdotte ed hanno tutta la loro forza pe 'l solo ministero delle umane instituzioni, vale a dire per sola autorità delle leggi positive. A ciò si aggiunga, che potendo esse essere tanto varie, quanto varj sono i mezzi onde assicurare e far fede di un Atto legale eseguito; e questi mezzi variando anche a norma del diverso incivilimento delle politiche società; le formalità estrinseche non potevano essere nella loro specialità indotte per fatto della natura, e però conveniva sempre ricorrere alla sola volontà della legge positiva. Se in linea di ragione naturale si avesse voluto considerare la necessità delle forme assicurative e testificative in vista della mala fede o dell'ignoranza degli umani individui, altro non si avrebbe potuto pronunciare se non che essere necessarie tali forme estrinseche, senza poterne determinare veruna in particolare; lasciandone così la scelta ed il sistema all'impero delle particolari circostanze di fatto d'ogni popolo, avuto specialmente riguardo ai diversi periodi del suo incivilimento: attesochè è manifesto che in un popolo, per esempio, ignaro dell'arte di scrivere non avrebbero potuto aver luogo le formalità volute dal Codice Napoleone, conformato interamente secondo le circostanze d'una nazione estremamente incivilita.

§ 873. In vista di queste considerazioni ne emerge il grande ed importante principio, che la costituzione e l'uso delle formalità estrinseche di qualunque Atto legale dipende interamente dalla sola volontà della legge positiva, nè può essere da verun privato o magistrato in ciò alterata la legge, nè aggiungendo, nè togliendo, nè interpretando, ad oggetto di dare alle medesime una forza o diversa o maggiore o minore di quella che alle formalità stesse piaque al Legislatore di attribuire.

E siccome su quest'oggetto appunto possono e sogliono cadere tutte le funzioni o legali o illegali delle parti interessate e dei Tribunali giudicanti, così è forza entrare in più minute spiegazioni, valevoli a dirigere rettamente l'amministrazione della giustizia.

§ 874. Posto il principio, che l'introduzione, la forza e l'uso di una formalità estrinseca sono tutte cose di *pura ragione positiva*, cioè unicamente dipendenti dall'autorità del Legislatore; per ciò stesso si afferma che l'osservanza di queste estrinseche formalità e di ognuna di esse si deve riguardare come un'obligazione di ragione puramente positiva, e per conseguenza ogni effetto dipendente dall'osservanza o inosservanza si deve unicamente determinare in vista della volontà spiegata dalla legge.

Allorchè pertanto si dísputa della nullità dell'Atto, in conseguenza dell'inosservanza d'alcune di queste formalità, altro criterio non vi può essere che il testo espresso della legge. Dunque per comprendere se un Atto sia nullo per inadempimento di una estrinseca formalità, egli è necessario: 1.° di vedere se esista la legge che ne prescrive l'osservanza; 2.° se la stessa legge pronunciò la pena di nullità in caso d'inadempimento; 3.° se in fatto, ossia nell'Atto concreto, si verifichi l'accusata inosservanza.

§ 875. Quest'ultima ispezione esige due condizioni. La prima consiste nel conoscere l'identità precisa del caso accaduto in fatto co'l caso ipoteticamente contemplato dalla legge; la seconda consiste in un paragone semplicemente intuitivo fra il testo della legge e le circostanze dell'Atto praticato. Tutto ciò, come ognun vede, non importa raziocinio alcuno, nè altra penosa indagine, specialmente quando le verificazioni di fatto, ossia l'esame del medesimo, non può uscire dai termini del documento esprimente l'Atto stesso. Ritenuti questi principj tanto nello studio della legge, quanto nell'applicazione della medesima in tutti gli affari pratici, ecco le ulteriori conseguenze che si presentano.

§ 876. Posto che le formalità estrinseche sono di diritto puramente positivo, o totalmente dipendenti dalla volontà del Legislatore, come si

è provato di sopra, egli ne viene che la loro osservanza è di stretto rigore, ed è pure di stretto rigore la loro dispensa in tutti gli oggetti ed in tutti i casi ai quali esse non furono estese dalla legge. Altrimenti ne verrebbe l'assurdo, che in una materia, nella quale dalla sola volontà del Legislatore esclusivamente dipende il diritto di statuire, un'autorità inferiore potrebbe pure statuire in onta del diritto correlativo di libertà e di validità accordato dalla legge all'adempimento di una forma diversa, o alla di lei omissione; ed il Giudice, fatto superiore al Legislatore, spoglierebbe per sola propria autorità il privato di un diritto acquistato per autorità della legge.

§ 877. La sottigliezza delle passioni potrebbe objettare che non s'incorre in questo inconveniente allorchè prendendo per norma la legge, si procedesse per via d'*induzione*, estendendo la legge da caso a caso, e come nelle materie di *mio* e *tuo*, nelle quali il Giudice, esercitando la funzione d'arbitro legale (art. 4. del Codice Napoleone), nell'oscurità e nella mancanza della legge deve ciò non ostante definire una questione. Contro questa objezione è facile rispondere, domandando che cosa è veramente estendere in materia di nullità estrinseche la legge da caso a caso. Egli è lo stesso che stabilire la nullità per un caso al quale la legge non l'aveva espressamente annessa; egli è lo stesso che restringere nel cittadino quella libertà che la legge gli accorda per celebrare un Atto in una più che in un'altra maniera, ed acquistare quindi e trasmettere sotto la protezione della legge medesima un diritto; egli è lo stesso che spogliare il cittadino, per sola volontà del Giudice, di un diritto che la legge gli attribuì, e che niun'autorità, dalla legge in fuori, può toglierli. Dunque il Magistrato o il Giudice che in materia di nullità estende la legge da caso a caso, esercita veramente un potere usurpativo, nullo, e degno di censura: in una parola, egli commette un vero eccesso di potere.

§ 878. Nè quì vale la parità dell'autorità del Giudice nelle altre materie di equità, come di *mio* e *tuo*; perchè in queste esiste nella legge stessa un principio generale legislativo, anteriormente determinato dal Diritto naturale, di cui il positivo non è che una dichiarazione, mediante il quale si dirigono i particolari Giudicati: all'opposto tale principio non esiste in materia di formalità estrinseche, e quindi di nullità, per ciò stesso che la costituzione, l'uso e l'effetto di tali formalità è cosa totalmente positiva, ed esclusivamente dipendente dalla sola autorità del Legislatore, come sopra fu dimostrato. Dunque in materia di forme estrinseche per un caso non contemplato dalla legge non può esistere altro

principio regolatore e suppletorio, come nelle materie di equità; e per conseguenza l'autorità del Giudice essendo senz'appoggio, e priva d'un principio fecondo di conseguenze non espresse dalla legge, si risolve in un mero arbitrio, risultante dalla di lui particolare maniera di vedere le cose.

§ 879. Ciò vie più si conferma osservando che il principio di cui parliamo per istabilire una nullità, altro non potrebb'essere che la forma stessa particolare pretesa dal Giudice, la preesistenza della quale deve logicamente presupporsi onde stabilire codesta nullità; ma così è, in forza dei principj sopra dimostrati, che questa preesistenza non può essere stabilita che per espressa volontà del Legislatore stesso. Dunque è manifesto che il secondo caso non contemplato dal Legislatore, al quale il Giudice vuole estendere la nullità, dev'essere scritto nella legge medesima, e vi deve pur essere annessa la pena di nullità, ossia l'inefficacia dell'Atto a produrre un diritto; e quindi per un circolo necessario si torna a conchiudere, che nell'ipotesi di un altro caso non contemplato dal Legislatore l'applicare la nullità è lo stesso che commettere un eccesso di potere.

§ 880. Non basta che una forma sia stabilita, perchè la sua violazione porti la pena di nullità; come non basta che la legge comandi una cosa, perchè la disobedienza porti un castigo: ma si esige che la pena sia positivamente annessa alla violazione, e per ciò stesso che la nullità sia stata espressamente annessa alla violazione della forma voluta dalla legge. Tutti i regolamenti sono ripieni di casi nei quali la violazione non porta la pena della nullità di Atto, ma bensì la censura o la multa sola di chi la commise; e in ciò si verifica l'antico proverbio legale, che *multa facta tenent quae tamen fieri prohibentur*.

§ 881. L'irrogare la pena di nullità per inosservanza di forme estrinseche, come qualunque altra pena, è una prerogativa di assoluto Diritto publico del solo Legislatore, a cui solamente, in vista di rapporti sociali, spettava lo stabilire ogni formalità estrinseca; nè può essere mai un attributo dell'autorità giudiziale, le cui competenze si restringono ad applicare la legge al caso, e non a crear pene per quei casi che il Legislatore lasciò esenti da sanzione penale.

§ 882. Le nuove leggi hanno regolato le loro disposizioni giusta le norme e le massime di ragione fin quì esposte. Esse in ogni caso, nel quale siavi luogo ad un'azione penale, o che a questa si assimigli, qual è l'azione di nullità, non solo non hanno accordata o approvata, ma hanno espressamente proibita l'estensione da caso a caso.

1.° Nei Motivi preliminari al Codice civile, parlando delle cose penali, si dice: « Il n'y a qu'un texte formel et préexistant, qui puisse » fonder l'action de Juge; il faut des lois précises, et point de Juris» prudence. »

2.° Nell'art. 2063. del Codice Napoleone, riguardante l'arresto personale per causa civile, viene espressamente proibito, sotto pena di nullità, l'estendere ad altri casi, fuori di quelli espressamente contemplati dalla legge, l'azione penale medesima.

3.° Nell'art. 1030. del Codice di procedura civile, in cui si tratta appunto di forme, dicesi espressamente: « Non potrà dichiararsi *nullo* » alcun Atto di citazione, od altro Atto di procedura, se la legge non » ne pronuncia *formalmente* la nullità. »

Questa teoría fu formalmente adottata e professata dai giureconsulti, e specialmente dal sig. Merlin. « Les nullités ne peuvent être établies » que par la loi; la loi seule a le droit de les prononcer. » *Répertoire*, art. *Nullités*, § 1.

« Lorsque ces règles (dice altrove parlando delle formalità estrin» seche) ne sont pas établies, les raisons de convenance, les motifs que » doivent les créer ne peuvent pas en tenir lieu. Le silence de la loi » autorise les citoyens à ne pas les soumettre à des formes gênantes qui » ne sont pas commandées. Il y a plus encore: lorsqu'une loi détermi» nant une forme n'exige pas qu'elle soit remplie à peine de nullité, il » est permis de se reposer sur cet adoucissement de la loi, et d'user » d'une liberté qu'elle n'a pas voulu introduire d'une manière absolue... » Quelque salutaire, que pourrait être la peine de nullité, il y aurait de » l'injustice à la prononcer: ce serait ébranler les fondemens du repos » d'une infinité des familles qui ont contracté à l'ombre du silence, ou » de la tolerance de la loi. »

Merlin, *Questions de Droit*, v. *Contrat de mariage*, § II. Tom. III. pag. 65.

La Corte di Cassazione dell'Impero, nella sua Sessione del 5 Genajo 1810, a Sezioni riunite sotto la presidenza del Gran-Giudice, ha di nuovo consacrato il principio generale: « que la peine de nullité *ne* » *peut jamais être supplée dans une disposition législative*, qui en » prescrivant des formalités non essentiellement constitutives des actes » qui doivent en être revêtus, n'y a pas expressement ajouté cette pei» ne. » Sirey, Tom. X. Parte I. pag. 359.

Coerenti a questi principj sono le Decisioni particolari della Corte di Cassazione tanto dell'Impero francese, quanto del Regno d'Italia, su 'l

punto della esenzione da ogni nullità per una formalità non espressamente ingiunta dal Legislatore (1).

---

(1) Aggiungo in via di annotazione questi due esempj, a motivo del richiamo fatto nella nota al § 841. (DG)

I. Esempio particolare

della Corte di Cassazione dell'Impero francese.

(Art. 946. del Codice Napoleone.) — (Tra Capdeville e Luigia Triboullon.) — Il sig. Triboullon fece in favore di Luigia Triboullon un testamento místico, nel quale la data era così concepita: *A Nimes li 26 Ventoso della Republica*, e non fece menzione dell'anno; ma l'Atto di soscrizione porta la data del 2 Ventoso, anno XII., ed ivi è dichiarato che il signor Triboullon ha fatto scrivere il suo testamento dal Notajo il 26 dello stesso mese.

Dopo la morte del testatore, avvenuta li 16 Brumale, anno XIV., i conjugi Capdeville impugnarono il testamento a titolo di nullità per mancanza di data.

Li 14 Febrajo 1807 Sentenza del Tribunale di Prima Istanza di Nimes, e li 3 Giugno dello stesso anno Decisione della Corte d'Appello, che dichiarano il testamento regolare, ritenuto che la data non è punto voluta dal Codice Napoleone nei testamenti místici.

Ricorso in Cassazione per falsa applicazione dell'art. 976. del Codice Napoleone.

Gli appellanti avevano a provare che la data nel corpo del testamento místico era implicitamente voluta dalla legge; ed a questo effetto essi argomentarono dalle discussioni del Codice civile nel Consiglio di Stato, e dal discorso dell'Oratore del Governo, che propose la legge al Corpo legislativo.

Le discussioni fanno fede che il Consiglio di Stato nella sua Seduta 19 Ventoso, anno XI., adottò per principio: che la forma del testamento místico sarebbe conservata tal e quale era stata stabilita dall'Ordinanza del 1735, ed il signor Bigot Préameneu si espresse nel seguente modo avanti al Corpo legislativo.

„ Ammettendo la forma dei testamenti „ mistici, non si può omettere alcuna delle „ formalità richieste nei paesi del Diritto „ scritto. Si deve temere in questi Atti le so„ stituzioni delle persone, o di documenti: fa „ bisogno che le formalità sieno tali, che i „ maneggi più sottili della cupidità sieno de„ lusi; ed è sopra tutto il numero dei testi„ monj che può guarentire, chè tutti non sa„ prebbero entrare in un complotto crimi„ nale. Si è dunque creduto di dover adotta„ re le formalità dei testamenti mistici o se„ creti, tali e quali esse si trovano enunciate „ nell'Ordinanza del 1735. „

Ora questa Ordinanza esigeva (art. 38.) che la disposizione e la soscrizione del testamento místico contenessero la data del giorno, mese ed anno.

In secondo luogo argomentarono da ciò, che senza la data sarebbe impossibile sapere se al tempo della confezione del testamento il testatore avesse capacità per testare.

Ma si poteva tosto rispondere, che il Consiglio di Stato evidentemente si era allontanato dal principio adottato nella Seduta del 19 Ventoso, anno XI., poichè il Codice civile non conteneva le stesse disposizioni dell'Ordinanza; che le espressioni dell'Oratore del Governo, quantunque sembrassero generali, non avevano pertanto alcun rapporto alla data; e d'altronde che queste autorità erano insufficienti per aggiungere alla legge.

In séguito si poteva dire che l'Atto di soprascrizione dovendo necessariamente essere datato in conformità della legge 25 Ventoso, anno X., su 'l notariato, l'epoca della confezione del testamento diveniva sempre certa, per ciò solo che non si poteva assegnare altra data, che quella dell'Atto di soprascrizione. Prima della soprascrizione il testamento non è punto un testamento; egli è un semplice progetto di testamento. Ora poco importa che si abbia progettato il testamento in tempo d'incapacità; l'essenziale è, che si approvi allorchè si ha capacità di testare.

Decisione. — La Corte, sopra le conclusioni conformi del sig. Daniels, sostituito Pro-

III. Delle nullità implícite in forza di leggi proibitive o imperative.

§ 883. Fino a quì non abbiamo parlato della questione su le nullità implícite, le quali possono risultare da una legge proibitiva, o, per correlazione, da una legge anche semplicemente imperativa. Ognuno si avvede che noi rammentiamo quì un argomento che sempre ha formato oggetto di dísputa fra i litiganti, di perplessità fra gli scrittori, e di variazioni apparenti fra i Tribunali. Per poco che si rifletta su la cagione di queste incertezze, tosto si rileva che tutto procede dalla maniera con la quale si riguarda il soggetto della controversia. Pare che si possa mettervi fine mediante un'accurata analisi, con la quale si vengano a conciliare tutte le idée, ed a congiungere i più noti e certi principj della materia sopra esposti.

§ 884. La prima idéa che si offre è quella di una legge proibitiva. Qual è il concetto che può presentare la denominazione di *legge proibitiva?* È evidente che il comando di un Legislatore ha sempre un oggetto

---

curatore generale, atteso che l'art. 976. del Codice Napoleone vuole che il testatore, che fa un testamento místico o secreto, segua le sue disposizioni, sia che le abbia scritte lui stesso, sia che le abbia fatte scrivere da un altro; che nè quest'articolo nè alcun altro hanno comandato a lui di datarle; che il silenzio del Codice a questo riguardo si spiega con l'obligazione ch'esso impose di mettere a queste sorta di testamenti una soprascrizione, della quale l'Atto redatto dal Notajo deve necessariamente avere una data, come tutti gli Atti di questi funzionarj; che se nella specie del presente caso lo scritto contenente le disposizioni testamentarie di Giovanni Triboullon non presenta che la data del luogo, del giorno e del mese, senza designazione dell'anno; l'Atto di soprascrizione, segnato dal Notajo e dal numero richiesto dei testimonj, è datato li 28 Ventoso, anno XII.; che così il testamento, di cui trattasi, non presenta nulla in contrario a ciò che prescrive il Codice Napoleone; e che la Corte d'Appello di Nimes non avrebbe potuto annullarlo, senza aggiungere alle disposizioni del Codice.... Rigetta ec.

Del 14 Maggio 1809, Sessione dei ricorsi. (Sirey, Tom. IX. Parte I. pag. 256.)

II. Esempio particolare
della Corte di Cassazione del Regno d'Italia.

Questo secondo esempio è ricavato da una speciale Decisione della Corte di Cassazione del Regno d'Italia, dell'11 Genajo 1809, nella Causa Cinaglia-Verac contro Andrea Trebeschi e consorti di lite; ma siccome mi occorrerà di riferire estesamente questa Causa, così nella Decisione suddetta mi restringo a notare la conferma della teoría fin quì allegata con le parole seguenti della Corte medesima.

« A fondare una nullità per violazione di » forma è necessaria una chiara ed espressa » testuale disposizione di legge, che senz'am- » biguità determini la forma, e prescriva per » l'inosservanza di essa la nullità. »

Dal fin quì detto pertanto risulta, sì in forza di ragione naturale, che di ragione legislativa, estesa ed applicata dalla concorde autorità dei Tribunali dell'Impero e del Regno d'Italia (ai quali in primo luogo è riserbato di pronunciare su 'l Diritto), nonchè dal consenso unanime degli scrittori di ragione civile, che la premessa teoría in tutte le sue parti deve ammettersi come fondamentale ed irrefragabile, senza che mai si possano riconoscere eccezioni contrarie.

certo. Quest'oggetto non può essere altro che uno o più atti determinati delle persone, alle quali egli comunica il suo divieto. In quest'Atto due sono le cose che si possono distinguere: la prima l'*entità stessa* dell'Atto, fatta astrazione dalla maniera diversa di eseguirlo; la seconda la *maniera stessa*. Il divieto sotto il primo aspetto è assoluto, assorbente e generale, ed esclude qualunque forma, sotto la quale l'Atto possa essere concepito ed eseguito: esso colpisce radicalmente la di lui esistenza, la quale ad ogni modo si vuole esclusa dal Legislatore. *Voi non farete la tal cosa:* questa formula importa che non si possa fare in qualunque maniera. Quando in onta del superiore divieto si facia, l'esecuzione importa di sua natura la disapprovazione della legge, e per ciò stesso trae seco la conseguenza, che il Legislatore non possa annettervi un beneficio, a meno che egli stesso non riconosca altrimenti l'Atto come sussistente (1).

§ 885. Tutto ciò riguarda l'ipotesi, che la proibizione della legge sia assoluta e radicale, vale a dire colpisca l'esistenza stessa dell'Atto, ed in prevenzione tolga ad ogni modo la facoltà di praticarlo sotto qualunque aspetto. Tale, per esempio, sarebbe una legge proibitiva di un'azione che si caratterizza come delitto, o quasi delitto; tali pure tutte le leggi proibitive degli Atti contro l'ordine publico ed i buoni costumi; tali quelle che vietano il danno altrui o le ingiurie alle persone senza una giusta necessità.

§ 886. Sotto il secondo aspetto, qual è quello in cui l'esercizio dell'Atto è vietato rispetto ad una o più maniere diverse disapprovate dal Legislatore, si presenta tantosto la seguente considerazione. L'Atto non è assolutamente proibito, ma solamente quando venga praticato in una data maniera. Dunque per ciò stesso vi sono dei casi, ne' quali può essere praticato, e produrre i convenienti effetti di diritto. Tutta l'ispezione pertanto si restringe a questi casi speciali proibiti dal Legislatore; e però il suo comando non è illimitatamente operativo come nel primo caso, ma egli è operativo soltanto parzialmente. Ciò posto, si ricerca se o l'Atto totale o il modo proibito dal Legislatore sia in sè stesso, e come dicesi *a parte rei*, una di quelle circostanze che concorrono a fabricare, dirò così, l'Atto, e sono costitutive del medesimo, e però tali che senza di esse l'Atto non si possa considerare esistente (2); ovvero si domanda

(1) Noi ne abbiamo esempj nelle leggi romane, così dette *imperfette*, delle quali si parlerà più sotto.

(2) Quantunque una data figura non sia d'essenza di un corpo, pure è essenziale, secondo il nostro modo d'intendere, che un corpo esista sotto qualcuna delle possibili figure. Dunque sebene la figura si possa riguar-

se questo modo riguardi soltanto le forme accessorie dell'Atto medesimo, ossia quelle forme che presuppongono l'Atto naturalmente concepito, come sopra si è discorso, e che vengono come sussidiarie. Nel primo caso egli è evidente che co 'l proibire un requisito costitutivo dell'Atto, tanto se esso sia costitutivo per ministero della natura, quanto se lo sia per ministero della legge, si pronuncia la nullità di tutto l'Atto, senza che sia necessario che venga espressa dal Legislatore; perchè sarebbe impossibile il figurarlo valido quando una di lui parte essenziale fosse nulla. Ciò involgerebbe una positiva contradizione. L'unità sebene complessa, ma pure indivisibile dell'Atto risultando dal simultaneo concorso di tutte le sue parti costitutive e delle circostanze inseparabili, non può veramente esistere se non quando tutte le parti e circostanze esistano; e quindi essere operativo in forza di questa individua unità, se non in quanto esso trae la sua forza dal simultaneo concorso di tutte le sue parti sostanziali e circostanze inseparabili. Posta dunque l'ipotesi, che taluna di queste parti sia resa inefficace per ministero della legge, ne viene di necessaria conseguenza che tutto l'Atto resta privo di vita, benchè le altre sue parti non siano colpite dal Legislatore: a simiglianza del corpo animale, nel quale se una parte vitale venga mortalmente colpita, o resa incapace di azione, tutte le altre, benchè illese, rendonsi incapaci delle funzioni della vita animale.

§ 887. E siccome sopra fu osservato che nelle condizioni sostanziali dell'Atto entrano tanto quelle che formano la sua entità intrinseca, quanto quelle che riguardano la capacità morale delle persone che lo praticano; così questa conclusione riguarda ambidue questi oggetti, le conseguenze dei quali si estendono in tutto il sistema della Legislazione. Ben è vero che quanto ai costitutivi dell'Atto il Legislatore, ministro ed interprete della sola natura, o a dir meglio delle essenze eterne ed immutabili delle cose, non può avere arbitrj; ma la cosa non è così allorchè si tratta della capacità od incapacità delle persone, e dei modi diversi ond'esercitare la loro intelligenza e libertà nelle transazioni della vita sociale. In punto di capacità od incapacità sotto l'impero delle

---

dare come un modo speciale di esistere, essa è tale che il corpo non può esistere senza la medesima; ed appartiene ai modi essenziali, perchè appartiene alla esistenza in quanto si può verificare in fatto. Applichiamo la parità. Ogni azione dell'uomo in società è palese od occulta. Se dunque viene vietata la clandestinità nel celebrare un Atto, per esempio, nel celebrare un matrimonio, siccome egli è impossibile il dividere questa qualità dall'Atto, così sarà parimente impossibile annettere l'approvazione della legge ad un matrimonio clandestino, e disgiungerne la disapprovazione.

leggi civili non si prende solamente in mira la naturale moralità degl'individui umani, per la quale essi sono considerati come autori imputabili di un dato fatto praticato con intelligenza e libertà; ma si prendono eziandío di mira tutte le capacità di stato civile, per le quali i cittadini godono certi diritti radicali, o facoltà attribuite loro dallo stato sociale, per cui acquistando la qualità di socj e di cittadini, acquistano pure una somma di diritti, ossia una potenza legale diversa da quella che loro proviene dalla sola natura, e che per conseguenza può essere tolta o modificata dall'autorità della legge. Ciò, per esempio, accade nella morte civile, che rende appunto un individuo radicalmente incapace di praticare certi Atti portanti diritto in faccia del Legislatore, e che per conseguenza essendo tali Atti da lui esercitati, in forza della sua incapacità vengono a riuscire senza effetto, e per conseguenza nulli radicalmente, senza che vi sia bisogno che il Legislatore pronunci in particolare la nullità; perchè co 'l pronunciare solamente l'incapacità dichiara gli Atti conseguenti *ipso jure* nulli. La stessa ragione vale per ogni caso, nel quale la rispettiva capacità od incapacità venga stabilita dalla legge o in generale, o in certi casi speciali in una maniera assoluta o solamente condizionata; di modo che sempre la disposizione della legge, versando su la capacità dell'operatore, ne rende fin da principio efficace o non efficace, valido o non valido l'Atto.

§ 888. Tutte queste ed altre simili considerazioni cadono su la sostanza primitiva dell'Atto. Tutto sta nel formarsi un'idéa chiara e completa di quest'Atto primitivo, considerato in tutta la sua estensione, e distinto nelle sue particolarità. Ciò fatto, cessano tutte le perplessità che sole possono derivare da un concetto confuso e inadequato.

§ 889. La conseguenza immediata del fin quì detto al proposito della questione promossa ella è, che la legge, sia imperativa, sia proibitiva, allorchè versa su le circostanze riguardanti o tutte quelle parti o qualcuna di esse soltanto, le quali concorrono a costituire l'Atto, è sempre operativa di validità o di nullità, senza che sia necessario che il Legislatore la pronunci espressamente; attesochè questa è una conseguenza logicamente racchiusa nel principio, ossia un effetto naturale necessariamente derivante dalla causa preesistente.

§ 890. Quì dunque la distinzione introdotta dagli scrittori è totalmente inutile, poichè nell'uno e nell'altro caso l'effetto è sempre lo stesso; perchè sarà sempre lo stesso, sia che il Legislatore dica imperativamente che per contrarre validamente ricercasi l'intelligenza, la libertà e le qualità dello stato civile; sia che lo dica proibitivamente,

che niuno privo dei sopra enunciati requisiti possa validamente contrarre. Dicasi lo stesso quanto ai requisiti sostanziali dell'Atto: niuna differenza vi può essere fra la disposizione imperativa del Legislatore, con la quale egli dica che per contrarre validamente una vendita si ricerca la cosa, il consenso ed il prezzo; e la ordinazione proibitiva, con la quale egli dica che niuno potrà intendersi avere contratta una vendita se non concorre la cosa, il consenso e il prezzo; o proibisca ai Giudici di riconoscere in un Atto, a cui manca alcuno di questi requisiti, un vero contratto di vendita.

§ 891. Ma la cosa procede forse egualmente per gli Atti accessorj, ossia per quelle formalità che, supponendo l'Atto in sè stesso già formato, riguardano solamente i mezzi onde assicurarne il libero esercizio, e somministrare un documento degno di fede? Quì si deve prima di tutto ritenere che l'oggetto finale della questione si è la ispezione della validità o invalidità di tutto l'Atto, in quanto riuscendo valido o non valido in forza delle leggi o imperative o proibitive, queste forme accessorie possono trar seco la validità o invalidità dell'Atto principale, al quale si trovano connesse. Quì dunque lo stato della questione non è più lo stesso di prima; ma i rapporti essendo più complicati, conviene esaminarli partitamente.

§ 892. Le formalità accessorie, come ognun vede, quì possono essere considerate in due sensi. Il primo si può dire *assoluto* ed *intrinseco*, in quanto la formalità ossia l'Atto accessorio si considera in sè stesso e sotto l'impero della legge, fatta astrazione dalla considerazione ch'egli sia o no connesso con altro Atto principale, e possa o no influire su 'l medesimo. Il secondo senso è totalmente *relativo*, in quanto si considera quest'Atto accessorio rispettivamente all'Atto principale, e precisamente si domanda se dalla validità o invalidità di quest'accessorio ne venga di conseguenza la validità o invalidità dell'Atto principale, al quale fu annesso dal Legislatore.

§ 893. Supponiamo pertanto una legge proibitiva di taluno di questi Atti accessorj, come p. e. l'intervento di certe persone nella fazione del testamento publico (di cui abbiamo l'esempio nell'art. 975. del Codice Napoleone) in qualità di testimonj. Egli è chiaro che la legge, per ciò stesso che disabilita queste persone a servire di testimonj, la loro testimonianza non sarà attendibile *ipso jure*, e in ciò non sarà necessario che il Legislatore pronunci la nullità della prova che si volesse trarre dalla rispettiva testimonianza. Si dirà per conseguenza che l'Atto testamentario, d'altronde in sè stesso perfetto, sia *ipso jure* nullo senza

l'oracolo del Legislatore che abbia colpito l'Atto testamentario in forza di questa circostanza? Ecco il vero oggetto della questione. Altra cosa infatti è il dire che un Atto, il quale non racchiude tutti i suoi requisiti primogeniali stabiliti per natura o per legge, riesca nullo per mancanza di uno dei medesimi; ed altro è il dire che essendo d'altronde in sè stesso perfetto, debba riuscir nullo per la nullità di un Atto accessorio. Nel primo caso l'effetto della nullità è stabilito dalla natura stessa delle cose, in forza appunto della essenziale concorrenza che hanno le parti fra loro a rendere l'Atto operativo; nel secondo caso, per lo contrario, questa connessione naturale ed essenziale non esiste, ed esistere non può che per solo ministero della legge positiva, come fu sopra dimostrato. Sia pur dunque quanto si voglia vero che la legge proibitiva dell'Atto accessorio produca la di lui nullità: non ne verrà mai che questa nullità, propria dell'Atto accessorio, tragga seco per naturale e necessaria conseguenza la nullità dell'Atto principale, d'altronde in sè stesso perfetto; ma si esigerà sempre una formale ed espressa disposizione della legge.

§ 894. La questione pertanto su l'effetto delle leggi imperative o proibitive per l'oggetto proposto è totalmente inconcludente; avvegnachè il motivo, per cui tale questione viene instituita, egli è sempre per conchiudere che l'Atto principale sia valido o invalido. Limitando le idee dentro i loro giusti confini, si dovrà sempre dire che la forma, di cui si tratta, o appartiene alle qualità costitutive l'Atto principale, o appartiene alle circostanze accessorie del medesimo. Nel primo caso l'effetto della legge proibitiva non solamente rende inefficace l'Atto speciale da lei contemplato, ma eziandio l'Atto intiero, a cui la forma vietata è congiunta. Nel secondo caso poi rende bensì inefficace l'Atto speciale accessorio, considerato in sè medesimo, e quanto agli effetti suoi proprj ed immediati; ma non rende di sua natura nullo l'Atto principale, al quale è stato per sola volontà della legge connesso, a meno che non vi intervenga l'espressa disposizione del Legislatore, in forza della quale l'Atto principale sia reso per questo motivo come non avvenuto.

Con tale distinzione vengono conciliate tutte le disposizioni di legge e tutte le dottrine ragionevoli su ciò publicate, e si congiungono co'i principj generali di ragione e di legge sovra esposti.

§ 895. Il sig. Merlin, dopo avere espresso nel Repertorio, art. *Nullité*, § 1., che le nullità non possono essere stabilite che per ministero della legge, poichè la legge sola ha diritto di pronunciarle, prosegue: che ciò non ostante vi hanno dei casi, ne' quali non fa bisogno che il Legis-

latore pronunci in particolare la nullità, perocchè si ha per necessariamente sottintesa. In prova di ciò egli cita la legge 5. Cod. *De legibus*, d'onde egli conclude: « che le leggi proibitive si reputano sempre annul-
» lare tutto ciò che si fa contro le loro disposizioni, eccettuati i casi ac-
» cennati dai Digesti, il primo de' quali si è, che il Legislatore vietando
» l'Atto, abbia pronunciato una pena diversa da quella di nullità; perchè
» allora non si potrebbe dichiarare nullo l'Atto proibito, senza supporre
» che il Legislatore abbia voluto infligere due pene ad un tratto: lo che
» la legge 41. ff. *De poenis* non permette di presumere. Il secondo caso
» è quello delle leggi, che proibendo un Atto, ciò non ostante lo lascia-
» no sussistere, e che per tal ragione Ulpiano chiamò *imperfette;* d'on-
» de il famigerato proverbio: *multa facta tenent*, *quae tamen fieri*
» *prohibentur.* »

Fuori di questi casi egli stabilisce che vi ha nullità *implicita:*

1.° In ogni Atto fatto da una persona o a favore di una persona che la legge ne ha dichiarato incapace.

2.° Quando la proibizione cade su l'Atto stesso, e che non sia modificata da alcuna clausola o da altra disposizione, dalla quale si possa concludere che il Legislatore ha voluto lasciar sussistere l'Atto.

3.° Quando la proibizione riguardi una forma sostanziale, con la quale l'Atto dev'essere rivestito.

Ma se la proibizione non versa che sopra una cosa puramente accidentale, e per così dire indifferente alla sostanza dell'Atto, essa non trae per sè stessa alcuna nullità, ed il Legislatore non può in questo caso annullare l'Atto, nel quale si è contravenuto al suo divieto, se non che mediante una clausola *irritante*, cioè a dire con l'apporre espressamente la pena di nullità.

« A l'égard (prosegue egli) des lois qui au lieu de défendre, ne font
» que préscrire et enjoindre quelque chose, et que l'on appelle, par cette
» raison, IMPÉRATIVES, quelques auteurs enseignent, qu'elles n'emportent
» nullité en cas d'infraction à ce qu'elles ordonnent, que lorsqu'elles
» contiennent une clause irritante; MAIS CETTE DOCTRINE EST TROP GÉNÉ-
» RALE, et il paraît qu'on doit aussi bien appliquer à ces sortes de lois,
» qu'à celles qui sont conçues en forme prohibitive, la distinction que
» nous venons de developper entre les choses concernant la substance
» des Actes, et celles qui n'y sont que accidentelles. »

Lo stesso sig. Merlin nelle celebri sue *Questioni di Diritto* ha primieramente ritenuto il principio generale, che « il est certain que les
» nullités ne peuvent être établies que par la loi, et que la loi seule a

» le droit de les prononcer. Elle peut les prononcer, ou, en autres ter» mes, elle peut rendre un Acte nul, soit à raison des personnes qui y » interviennent, soit à raison des choses qu'il a pour objet, soit à raison » de la forme dans laquelle il est passé. Ainsi, elle peut annuller tout » Acte fait, ou par une personne qu'elle en a déclarée incapable, ou » pour une chose qu'elle a défendue d'en faire la matière, ou dans une » forme qu'elle a proscrite, ou différente de celle qu'elle a determinée. » Mais pour qu'elle soit censée l'annuller en effet, est il nécessaire que » la clause de nullité se trouve expressement dans la disposition du Lé» gislateur? Il faut à cet égard distinguer entre les lois *prohibitives* et » les lois *impératives*. Dans les lois *prohibitives* la clause de nullité » est toujours sous entendue. »

« Cette régle admet cependant un petit nombre d'excéptions, mais » elles sont étrangères à notre objet; et il est par conséquent inutile de » nous en occuper. »

« A l'égard des lois simplement *impératives*, c'est à dire des lois » qui au lieu de défendre, ne font que préscrire et enjoindre quelque » chose, *la régle générale est qu'elles n'emportent nullité, en cas d'in*» *fraction à ce qu'elles ordonnent, que lorsqu'elles contiennent une* » *clause irritante* » (1).

Confrontando questo passo delle *Questioni di Diritto* con quello sopra recato del *Repertorio*, ognuno si avvede esservi una variante sostanziale. Imperocchè in quello delle *Questioni* si ritiene la distinzione delle leggi *imperative* e *proibitive* come decisiva per istabilire la validità o nullità dell'Atto principale; per lo contrario nel passo del *Repertorio* si avverte che tale distinzione non è decisiva per quest'oggetto, e invece si deve attendere alla natura propria della formalità, ed osservare se sia sostanziale o accidentale, onde dedurne la nullità implícita, ossia non ricercare la espressa menzione della clausola irritante a fine di pronunciare la nullità. Questa correzione è un omaggio sincero alla verità, degno d'un uomo superiore, il quale sa essere migliore un'ingenua ritrattazione, che cento repliche ingegnose.

§ 896. Il signor Pons-de-Verdun, avvocato generale presso la Corte di Cassazione dell'Impero, nelle sue Conclusioni nella celebre Causa Philipaux e Thermines, dopo aver riportato letteralmente il passo su recato delle *Questioni di Diritto* del sig. Merlin, come opinione di giureconsulti infinitamente rispettabili, ricevuta da molti, e che ha preso

---

(1) Vedi Merlin, v. *Mariage*, Tom. VI. pag. 67-68, *Questions de Droit*.

consistenza, prosegue: « In appoggio di questo sistema i detti giure-
» consulti citano una legge degl' imperadori Teodosio e Valentiniano,
» ch' è la 5. del Codice *De legibus*, dietro la quale tutto ciò ch' è fatto
» contro il divieto della legge, *lege prohibente*, è considerato come
» inutile, come non avvenuto, *pro infectis habentur*, quantunque il
» Legislatore siasi limitato a proibirlo, e non abbia specialmente dichia-
» rato ch' egli lo proibiva sotto pena di nullità. *Licet Legislator fieri
» prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod
» factum est.* Nella nostra opinione, o signori, questa pretesa regola è
» puramente arbitraria [1], e la legge di Teodosio e Valentiniano è abu-
» sivamente interpretata. Noi abbiamo fatto tutti gli sforzi per concepire
» che una legge imperativa non sia nello stesso tempo anche proibitiva,
» e ci è riuscito impossibile di fare questa distinzione. Noi siamo rimasti
» convinti che l'ordinare una cosa egli è lo stesso che vietarne espressa-
» mente il contrario; e in questi termini dell' art. 165. del Codice Na-
» poleone, *il matrimonio dev' essere celebrato publicamente*, noi ve-
» diamo chiaramente la disposizione: *il matrimonio non dev'essere ce-
» lebrato secretamente.* Ciò posto, quando gl'imperadori Teodosio e Va-
» lentiniano hanno dichiarato nullo e non avvenuto tutto ciò ch' è fatto
» contro il divieto della legge, *lege prohibente;* allorchè hanno colpito
» di anátema gli Atti contrarj alla volontà del Legislatore, *quod fieri
» non vult*, non ostante l' omissione della clausola irritante, *prohi-
» buisse sufficiat licet non dixerit specialiter inutile esse debere;* essi
» hanno indicate tanto le cose espressamente vietate, quanto le cose
» contrarie a quelle che furono espressamente ordinate, perchè la proi-
» bizione è la medesima nei due casi, e la forma puramente grammaticale,
» che il caso ha fatto adottare al Legislatore, non aggiunge o diminui-
» sce niente all' espressione reale della sua volontà. » Fin quì il prelo-
dato sig. Avvocato generale.

Esaminando attentamente il di lui ragionamento, si vede ch' egli tende ad impugnare in astratto la distinzione riguardante l'effetto delle leggi proibitive ed imperative, e pretende che questo debba essere lo stesso per le une e per le altre.

---

(1) Questa regola è arbitraria, tal quale viene stabilita dai detti giureconsulti. — La regola non è arbitraria, se si prenda nel senso della legge; perchè sarà sempre vero che un Atto vietato non potrà per sè stesso considerarsi come sussistente, ossia operativo di diritto in faccia alla legge, come sopra si è dimostrato: arbitraria più tosto, anzi irragionevole, ne riesce l' applicazione, secondo la natura degli Atti, ad effetto di dedurne la nullità conseguente di un Atto distinto, come si è dimostrato più sopra.

§ 897. Ma, a dir vero, anche questa opinione non sembrami fondata nella generalità in cui viene espressa, ed è forse più pericolosa della prima. Fino a tanto che non si assuma come criterio unico la natura propria dell'Atto, non si potrà giammai nè definire sicuramente la questione, nè fissare i limiti di una solida opinione. Si richiami, di grazia, il principio semplice sopra recato della Corte di Cassazione dell'Impero, pronunciato a Sezioni riunite il 5 Genajo 1810, cioè « che la pena di » nullità non può giammai essere supplita in una disposizione legisla» tiva, la quale prescrivendo formalità non essenzialmente costitutive » degli Atti che debbano esserne rivestiti, non vi ha espressamente ag» giunta questa pena, » e se ne analizzino i termini. Quì si parla sicuramente della facoltà di supplire in una disposizione legislativa la pena di nullità, ossia del caso di sottintendere la clausola irritante in una legge nella quale essa non fu apposta. Quì dunque si abbracciano tutti i casi della nullità implicita, e si prende di mira la questione, se e quando si possa supplire questa clausola nel silenzio del Legislatore. È dunque manifesto che si abbraccia anche il caso delle leggi imperative o proibitive.

Che cosa risponde l'intiera Corte suprema dell'Impero? Fuori del caso delle formalità essenzialmente costitutive degli Atti stabiliti dalla legge non è giammai permesso di sottintendere una clausola irritante, ma è assolutamente necessaria una disposizione espressa del Legislatore.

§ 898. Quì dunque quel Corpo supremo distingue il caso delle formalità essenzialmente costitutive, dal caso di quelle formalità che non sono tali. Nel primo ammette non essere necessaria la espressa menzione di nullità del Legislatore, perchè, come fu già dimostrato, l'essenza stessa della cosa trae seco la nullità in caso della mancanza delle formalità essenzialmente costitutive; il qual principio, come si vide, è indotto dai rapporti immutabili della ragione, tratti dalle essenze eterne ed immutabili delle cose. Nel secondo caso poi, cioè in quello delle formalità non essenzialmente costitutive, la Corte suddetta rigettò espressamente ogn' induzione per istabilire o applicare la nullità, e non autorizzò mai a supplire una clausola irritante non pronunciata dalla legge. Ecco l'unico criterio ragionevole e dimostrato, il quale concilia tutti i dispareri e pone fine alla controversia. Noi non abbisogniamo di dimostrare tale assunto dopo le cose discorse in questo Articolo.

§ 899. Passando ora all'esame dell'opinione invalsa, e da poi corretta dal sig. Merlin, e tenendo sempremai presente la distinzione fondamen-

tale su cui insistiamo, ne emerge il seguente argomento. O si parla dell' Atto primitivo considerato ne' suoi costitutivi essenziali e nelle sue circostanze inseparabili, o si parla delle forme accessorie o assicurative o testificative dell' Atto medesimo; ben inteso sempre, che il Legislatore non abbia espressamente apposta veruna clausola irritante. Nel primo caso egli è evidente che la disposizione della legge, sia imperativa, sia proibitiva, opera *ipso jure* la nullità in caso d' inosservanza, e ciò in forza della natura stessa delle cose. Quì dunque la distinzione fra le leggi proibitive e imperative è del tutto inutile; anzi sarebbe erronea e nociva per produrre un differente effetto nella sussistenza dell' Atto: e in ciò sono d'accordo con la opinione del sig. Pons-de-Verdun, e non si può convenire nell' opinione invalsa presso i giureconsulti da lui accennati.

§ 900. Ma se si parla di formule accessorie, non posso in alcuna maniera convenire che le leggi, siano imperative, siano proibitive, debbano produrre lo stesso effetto; ben inteso che con le forme accessorie non si confondano le circostanze inseparabili, quale appunto sarebbe quella della publicità o clandestinità di un Atto. In questi Atti accessorj la forma diversa imperativa o dispositiva sarà sempre decisiva per pronunciare l' intrinseca sussistenza o insussistenza della forma medesima considerata in senso isolato, e indipendentemente dall' Atto principale a cui è annessa; e molto più deciderà su la di lei efficacia nel reagire su l'Atto principale al quale trovasi congiunta ad effetto di produrne la validità o invalidità. Quante volte avviene che il Legislatore prescriva una data forma imperativamente, e ciò non ostante confermi un Atto fatto in una forma diversa da quella ch' egli prescrisse? Un esempio luminoso ce lo presenta il Codice di procedura civile, il quale in sè stesso altro non essendo che un complesso sistematico di forme, non ha voluto perciò annettere la clausola irritante a tutte le sue sanzioni; ed anzi nel pericolo che ciò accadesse, espressamente stabilì che la nullità non possa essere pronunciata che nei casi espressamente da lui contemplati (1).

(1) Art. 1030. del Codice di procedura civile. Co 'l riguardare il Codice di procedura civile come un complesso sistematico di formalità, io bramo che si distinguano in esso quegli enti morali o artificiali, i quali hanno una natura propria, e perciò racchiudono forme essenzialmente costitutive, da quelle formalità le quali dopo che l'Atto è creato riguardano soltanto un'operazione accessoria. Quanto ai primi vige la regola generale sopra dimostrata; quanto ai secondi ha luogo il discorso che ora faciamo. L'esistenza di questi enti morali o artificiali, creati, per così dire, dall'autorità del Legislatore, la costituzione dei quali è totalmente positiva, si riscontra in un Atto p. e. di citazione, di appellazione, in una Sen-

Una locuzione imperativa si riferisce simultaneamente a tre casi. Il primo è quello di un Atto che si può praticamente eseguire in una forma contraria a quella che fu ordinata; il secondo è quello in cui l'Atto venga eseguito in una forma diversa; il terzo, ch' egli venga omesso.

§ 901. L'effetto conseguente di questi tre modi, potendo essere vario e di diversa importanza, non può, per sola autorità del Magistrato, esecutore ed applicatore passivo della legge, essere stabilito; e perciò esso non può collocare nelle viscere della legge imperativa una clausola irritante che il Legislatore non vi appose, potendo stare benissimo che nell'opinione del Legislatore l' Atto non importi le conseguenze penali stabilite dal senso privato del Magistrato.

§ 902. Questa considerazione si verifica in parte nella legge stessa proibitiva. Sebene sia cosa innegabile che l' identica esistenza dell'Atto proibito non debba portar seco un effetto di diritto non voluto dal Legislatore, ciò non ostante se la proibizione non colpisce tutti i modi co'i quali l' Atto può essere eseguito, si può dar luogo al precedente raziocinio; e quindi in ultima analisi dal caso ristretto, contemplato nel divieto, non si potrà mai indurre una legitima illazione all'altro caso non contemplato.

§ 903. Poste queste premesse, ognun vede: 1.° Che la disposizione della legge 5. Cod. *De legibus* si verifica di fatti senza eccezione, sia che la proibizione colpisca tutto l'Atto principale, sia che lo colpisca in qualcuna delle sue parti costitutive. 2.° Si verifica pur anche negli Atti accessorj, e congiunti a modo di formalità, assumendo per límite il solo Atto vietato e i di lui effetti proprj; ma sarebbe un eccedere i confini della legge, quando si volesse uscire dall'Atto accessorio, e stabilire una connessione necessaria fra questo e l'Atto principale, nel caso che tale connessione non fosse stata fatta per autorità della legge; e in ciò appunto si pecca da quei giureconsulti, i quali dal divieto particolare ri-

---

tenza o Decisione, ec. Tutti questi Atti hanno una costituzione propria e certe parti, le quali non verificandosi nell' Atto, esso sarebbe essenzialmente imperfetto, ossia non esisterebbe veramente nella sua specie; e per conseguenza il difetto di qualcuna di queste parti apporterebbe la di lui nullità senza che vi fosse bisogno di pronunciarla. Così un Giudicato sarebbe per sè stesso nullo, benchè il Legislatore non l'avesse dichiarato, quando mancasse della parte sua dispositiva; così una citazione sarebbe per sè stessa nulla, senza bisogno di una formale dichiarazione della legge, allorchè mancasse di qualcuna delle sue parti integranti. La ragione della nullità risulterebbe dall'essenza intrinseca della cosa, senza bisogno di altra autorità.

stretto all'Atto accessorio pretendono di trarne il divieto o l'inefficacia dell'Atto principale, su'l quale il Legislatore si taque. 3.° È poi irragionevole l'opinione che assolutamente parifica la legge proibitiva alla imperativa, e ne rende identici gli effetti; talchè in sì fatta opinione, annunziata in questa generalità, non possiamo convenire co'l sig. Pons-De-Verdun, ma ci è forza dividere le opinioni. Ammettiamo con lui, che nel solo caso in cui si tratti dell'Atto principale, la distinzione fra le leggi imperative e proibitive sia inconcludente per operare un effetto diverso; e sia pure inconcludente per operare una reazione fra l'Atto accessorio e l'Atto principale, non istabilita espressamente dalla legge. Ammettiamo poi con gli altri, che la distinzione sia decisiva per operare la diretta validità o invalidità dell'Atto particolare contemplato nel divieto; e in ciò vi abbia disparità fra le leggi proibitive e le imperative, e così che nelle proibitive non sia necessaria la clausola irritante per operare naturalmente la nullità dell'Atto proibito, ma che questa clausola sia poi necessaria nelle leggi imperative, nè si possa supplire dal Magistrato nel silenzio della legge; e che però, trattandosi d'un fatto relativo ad una legge imperativa non riguardante la sostanza dell'Atto, questo fatto non si può riguardare come nullo che nel solo caso in cui il Legislatore abbia espressamente apposta la pena di nullità.

§ 904. L'ultima conclusione pertanto di questa discussione si è: non essere ammissibile nè l'opinione comune combattuta dal sig. Pons-De-Verdun, nè l'opinione combattuta (*sostenuta*) da lui medesimo; ma che in questi due estremi debba prevalere la regola della Corte di Cassazione dell'Impero, quale fu sviluppata di sopra, come la sola canonizzata dalla ragione, e coerente agli altri principj direttivi dell'uso della pena di nullità.

IV. Principj universali di ragione per annettere la pena di nullità alla violazione delle forme estrinseche.

§ 905. Fino a quì il nostro discorso si è aggirato su lo stato delle cose, considerato ipoteticamente dal Legislatore, non quale può constare a lui, ma quale può esistere in natura. Questa maniera di vedere è pur anche quella della legge, quando incomincia ad ordinare le sue sanzioni; talchè il primo senso legislativo si può dire interamente ipotetico e filosofico. Ma nel periodo di un innoltrato incivilimento le cose non si fermano quì in un sistema di provida Legislazione. Havvi in natura una legge universale ed insormontabile, che determina altre providenze, e che predomina ogni maniera di relazioni umane fra gl'individui e le

nazioni. Questo fatto universale e necessario fu ripetutamente accennato nel *Giornale di Giurisprudenza;* e questo si è la necessità di arrestarci all'apparenza esterna delle cose, e quindi di giudicare dietro la verità estrinseca, e non dietro lo stato intrinseco e reale delle cose medesime: d'onde nasce la regola universale, che *la prova fa diritto.* Noi ne abbiamo veduta la necessità nella materia delle prede maritime, nelle quali le nazioni si presentano in uno stato puramente naturale. Questa regola vige molto più nelle relazioni interne di ogni società; e per conseguenza il Legislatore può ordinare efficacemente quelle providenze, mediante le quali essa venga il meglio che si può posta in uso: lo che non può fare rispetto ad un popolo indipendente.

§ 906. Qualunque filosofo e giureconsulto non deve mai perdere di vista l'influenza universale della legge necessaria di giudicare delle cose dietro a quello che *consta*, e non dietro a quello che *è;* e quindi il dovere d'indagare il motivo di quelle leggi che vengono ordinate in vista di questo fatto necessario di natura, per distinguere le altre leggi che vengono ordinate dietro i principj di ragione naturale.

§ 907. Un sistema di Legislazione per un popolo incivilito sarebbe imperfetto, e rimarrebbesi, per così dire, a mezza strada, se si contentasse di ordinare le cose dietro i soli rapporti reali di giustizia e di equità, e non ordinasse pur anche quelle providenze che rendonsi necessarie ad ottenere le più *sicure* e più *facili* prove degli atti pratici relativi alla legge primitiva. L'unico ponte di passaggio e di comunicazione fra l'ipotesi ed il fatto, fra l'ordinazione e la pratica, fra la Legislazione ed il Governo, sta nel sistema esterno che può accertare l'intimazione ed esecuzione della legge. Il Legislatore pertanto, dopo avere architettato tutto l'ordine sociale, deve ordinare quella serie di mezzi onde aver cognizione dell'adempimento delle di lui disposizioni. Sia dunque che la legge operi fra privato e privato, sia che operi fra il privato ed il Publico, sia che operi fra un corpo sociale ed un altro, sarà sempre necessario lo stabilire una esterna corrispondenza, che avverta gli esecutori, gli amministratori e le nazioni tanto su ciò che viene ordinato o concordato, quanto su ciò che viene eseguito.

§ 908. Quindi l'azione del sistema delle comunicazioni subalterne alla legge è, per così dire, contemporanea e parallela al sistema statuente su ogni specie di diritto e di amministrazione. Essa si fa sentire necessariamente dal principio alla fine di ogni affare publico e privato. E che altro significa mai la necessità della *promulgazione* della legge che accompagna il di lei nascimento? E che altro può significare tutta

la serie delle comunicazioni officiali, delle intimazioni, dei processi verbali, degli esami dei testimonj, e di ogni altra specie di prove, sia per comunicare un' ordinanza o un' intenzione, sia per accertare di un fatto seguìto? L' influenza pertanto del su mentovato principio è inevitabile, universale, e induce pure la necessità di universali e ben disposte providenze. Tal è la condizione delle cose, che in tutto ciò che colpisce i diritti delle parti dee valere la regola sopra enunciata, che *la prova fa diritto*.

§ 909. Due parti massime pertanto conviene distinguere in ogni sistema di Legislazione d' un popolo assai incivilito, e quindi in ogni legge particolare. La prima si può dire *statuente* ed *ipotetica;* la seconda *assicurante* o *testificativa di fatto pratico:* la prima si può dire *predominante* ed *originale;* la seconda *subalterna* e *famulativa*. L' oggetto di ambedue è il medesimo. La prima statuisce su le cose; la seconda su la cognizione delle medesime: con la prima si ha in mira di produrre un dato effetto reale; con la seconda si ha in mira di scoprirne ed accertarne l'esecuzione o l'omissione, il perfetto od imperfetto adempimento: con la prima si opera su lo stato reale delle cose; con la seconda si opera su gli uomini.

E siccome questo subalterno sistema assicurativo e testificativo non si può dire perfetto fino a che non riconduce la notizia delle cose al Governo, così il Legislatore non può riposare finchè non abbia ottenuto questo intento. Egli si deve arrestare soltanto dove trova ostacoli insormontabili; e ciò accade specialmente allorchè esso vuol dare al sistema delle prove la forma più sicura e facile. Non sempre gli Atti si possono costruire giusta certe forme solenni: non sempre nei fatti si possono, per la necessità stessa delle cose, stabilire i mezzi comprovanti da lui desiderati: e per conseguenza se nell' ordine fisico-morale delle cose egli da una parte è spinto irresistibilmente ad ordinare un sistema di mezzi assicurativi e testificativi; dall' altra parte egli si trova imperiosamente respinto da questo stesso ordine necessario, e si deve contentare di quei soli barlumi che sorgono quà e là nell' andamento degli affari umani.

§ 910. In forza di queste considerazioni egli è chiaro che il Legislatore può talvolta sorpassare i lìmiti naturali, che distinguono gli Atti principali dagli accessorj; e benchè non possa cancellare la originale differenza di questi Atti, ciò non ostante può renderli pari quanto al l' effetto, cioè stabilire la pena di nullità in caso di mancanza delle forme accessorie assicurative e testificative dell'Atto medesimo.

§ 911. Di fatto a che prò statuire originariamente su l'Atto, quando non se ne potesse far valere per mancanza di notizie la validità o la invalidità per li conseguenti effetti di diritto? A che prò stabilire queste forme subalterne, quando la loro verificazione fosse d'ordinario assai difficile, dispendiosa, e spesso non ottenibile? Allorchè pertanto il Legislatore trascende i costitutivi proprj dell'Atto per dare alle forme accessorie un'eguale importanza, egli non può riposare fino a che non abbia proveduto in modo che queste forme sieno più ch'è possibile sicure, facili ed immediate per il Governo, che dee provedere in ogni ramo di amministrazione.

§ 912. Un esempio ci servirà di lume; e noi lo sceglieremo in una forma che a prima vista sembra la più indifferente, che ha mosso le querele di molti, e che non pertanto, avuto riguardo allo stato e alla connessione delle cose, si scopre della maggiore importanza.

Sopra si è fatta menzione del ricorso del sig. Duchâtenet a S. M. Imperiale e Reale, pe 'l quale naque il su citato Parere del Consiglio di Stato del 31 Genajo 1806. Ciò che diede motivo a questo ricorso fu un giudizio di Cassazione pronunciato a di lui pregiudizio. Il punto della questione derivò da questo, che una certa Letellier aveva fatto un testamento publico a favore di lui, nel quale il Notajo non aveva fatto menzione espressa di *aver egli scritto* questo Atto, benchè vi fosse la menzione della dettatura. Il testamento fu cassato; e questo giudizio parve duro all'attore, per avere annullato per così piccola cosa un Atto tanto importante e decisivo dell'interesse di una intiera famiglia. Questa objezione fu considerata dal Consiglio di Stato; ed egli vi rispose co'l passo che fu recato di sopra, e che quì viene riprodotto.

« Mais dit on, il est contre la justice qu'un simple défaut de réda-
» ction entraîne la nullité d'un testament et la ruine d'une famille, lors-
» que ce défaut peut être couvert par une verification. »

« Les lois ne peuvent pas prévoir tous les cas particuliers. Il est
» possible que, dans une espèce donnée, l'omission d'une formalité que
» la loi a dû introduire entraîne l'anéantissement d'un acte irrépro-
» chable, louable même, si l'on veut, dans ses motifs; mais cet incon-
» venient, qu'on peut toujours prévenir avec un peu d'attention, est
» mille fois moins grave que ceux qui résulteraient de la faculté donnée
» de suppléer par des preuves testimoniales à ce qu'on aurait dû écrire
» et qu'on n'a pas écrit dans un testament. »

Al nostro proposito per altro, in cui si tratta d'indagare e di giustificare il motivo della legge, e di vederne la connessione co'l principio

universale sopra mentovato, subentra quì a proposito il sig. Merlin con le sue Conclusioni date in questa Causa.

« La legge esige sì fatta menzione, perciocchè agli occhi suoi essa è il solo mezzo di provare che sono gli stessi Notaj che hanno scritto il testamento. Supponiamo in effetto che manchi tale menzione: quale prova vi rimarrà che il testamento, ov'essa non si trovi, sia stato scritto dal Notajo? Non vi resterà evidentemente che la scrittura del Notajo medesimo. Ma questa scrittura cosa mai prova per sè? Non altro che l'esistenza della stessa scrittura. Di chi è questa scrittura? La scrittura no'l dice. Fa d'uopo ricorrere ad una verificazione. »

« E cosa accadrà se si smarrisce la minuta? Cosa accadrà se essa è depositata nelle nostre colonie, se essa si trova a mille e cinquecento, a due mila, a cinque mila leghe dalla città ov'è aperta l'eredità, ove trovasi impegnata la lite? In questi due casi, che possono non essere rari, e che la providenza del Legislatore non ha potuto trascurare, in che modo si assicurerà che il testamento è scritto di mano del Notajo? La copia che sarà prodotta non dirà cosa alcuna, e la verificazione co 'l mezzo di periti sarà o impossibile, o di una difficoltà quasi insuperabile. »

« Inutilmente quindi si distinguono le formalità fuggitive da quelle che lasciano indizj dopo di sè; e in questa ultima classe si pone la formalità della scrittura del Notajo. »

« Ripetiamolo: la scrittura bensì prova per sè medesima la sua esistenza, ma essa non índica il suo autore; la legge non domanda soltanto che il testamento sia scritto, ma essa vuole altresì che sia scritto dal Notajo che lo riceve. »

« Oltre a ciò, nel sistema opposto sarebbe lo stesso che accusare la legge. Certamente la legge sapeva che tra le quattro formalità, di cui essa prescriveva la menzione, non ve n'erano che tre di fuggitive, e che quella della scrittura lasciava dopo di sè tracce permanenti. Non ostante ella ha prescritta la menzione espressa della scrittura, come della dettatura, come della lettura, come della presenza dei testimonj. »

« Concludiamo adunque, che a termini dell'art. 972. del Codice civile, ogni Notajo che riceve un testamento deve, sotto pena di nullità, non solo scriverlo egli medesimo, ma ancora farvi menzione espressa, che a questo riguardo egli si è conformato al volere della legge » (1).

---

(1) Vedi *Giurisprudenza del Codice civile di Bavoux e Loiseau, tradotta dal francese*, Vol. VIII. pag. 405. 406 e 407. — Il Sirey nella sua Collezione, Tomo V. Parte I. pag. 370 a 376, riferendo questa medesima Causa, sopprime il recato passo del Merlin.

§ 913. In questo esempio, passando da idéa in idéa, si risale fino al principio universale della necessità della *prova* primitiva, derivante dal fatto di non potere far uso negli affari umani che della sola verità *estrinseca;* e discendendo di nuovo da questa universale considerazione, si giunge fino al punto, in cui si dimostra la necessità di stabilire una forma minuta, che a prima vista pare indifferente: cagione per cui le piccole e non illuminate menti di alcuni hanno tratto motivo di accusare la legge come soverchiamente rigida e quasi superstiziosa, e, quel ch' è peggio, come nociva ed ingiusta (quasichè per la premura di sostenere un minuto rigore voglia sacrificare l'interesse delle famiglie), invece di ammirarne l'antiveggente providenza, e l'ultima perfezione data al suo sistema.

§ 914. Di fatto, seguendo tutti gli annelli della catena che sostiene le di lei ordinazioni, incominciamo dal vedere lo stabilimento dei caratteri costitutivi del testamento. Quì la prova riguardante la *capacità* dei testatori, il loro buon senno e la loro libertà, viene rimessa in parte all'impero d'ogni mezzo naturale, perchè era impossibile alla legge di assoggettarla a regole fisse dentro l'angustia dell'atto testamentario. Considerando la cosa in un senso filosofico, ed anche storico, in questo semplice stadio noi rileviamo che i mezzi assicurativi e testificativi sono indipendenti dal primitivo stabilimento dell'Atto testamentario. Quando Abramo fa promettere al più vecchio servo della sua casa di non concedere che il figlio suo prenda per isposa una Cananéa, e lo fa semplicemente giurare ponendo la mano sotto il suo femore, tutto finisce là, non tanto per mancanza di ogni legge positiva, quanto per mancanza d'ogni Governo civile in un tempo in cui vigeva il solo Governo patriarcale [1]. E per parlare di una disposizione *causa mortis*, quando Giacobbe, bramando di non essere sepolto in Egitto, prega il suo figlio Giuseppe di

---

(1) *Pone manum tuam subter femur meum,* dice Abramo, Gen. Cap. XXIV. vers. 2. *Pone manum tuam sub femore meo,* dice Giacobbe, Cap. XXVII. vers. 49. dello stesso Libro. Questa forma di giuramento nella primitiva e religiosa semplicità dei costumi d'allora era imponente. Nell'età della fantasía, in cui predomina l'uso delle analogíe, l'uomo non solamente si presentava quale un tempio, e l'anima quale la divinità che lo abita (come si esprime Marco Aurelio nelle sue riflessioni a sè medesimo), ma si figurava come simbolo dell'universo, e dotato del potere della creazione, attributo proprio della Cagion prima; e quindi gli organi co'i quali si adempiva alla più importante funzione della natura, riguardati come simbolo e mezzo particolare di questa Causa prima, riuniti alla qualità di padre, dal quale si riconosceva la vita, e che di più era allora vero principe, rivestivano il carattere più augusto e venerabile, e per essi confermavasi la fede delle promesse.

riunire le proprie ceneri a quelle de'suoi maggiori, lo fa giurare nella stessa guisa, e si acqueta: la cosa parimente finisce là; e tutte le forme assicurative anche dell'esecuzione dell'Atto riposano su la fede sola di tale giuramento. Niun'altra condizione si riscontra per la forma primitiva dell'Atto medesimo; e l'imperfezione dello stato sociale, soccorsa dalla forza della religione, assicura l'adempimento tanto della promessa voluta da Abramo, quanto della disposizione dopo morte voluta da Giacobbe.

§ 915. Discendendo gradatamente alle formalità aggiunte dalla legge positiva nei testamenti, noi troviamo in primo luogo ch'esse hanno il doppio intento, come spiegarono gli Oratori del Governo, di assicurare la libertà di un testatore nel compiere l'Atto e la prova dell'*identità* del dettato con lo scritto: lo che più ampiamente si dimostrerà a suo luogo. Sotto questo punto di vista la prescrizione di questa formalità apparisce come un sistema il più sicuro ed il più economico che si potesse imaginare al proposito. Ma non si vede ancora condotta la cosa al suo ultimo termine: mancano ancora le disposizioni ulteriori, le quali a guisa di annelli intermedj congiungono queste formalità con l'*uso pratico* che se ne può fare nel conflitto degl'interessi, i quali da una parte e dall'altra tendono o a sostenere o a rovesciare l'Atto testamentario; e quindi sorge la necessità di far sì che l'adempimento delle stabilite providenze venga comprovato nella maniera più sicura e più facile, e di un uso immediato.

§ 916. E quì si discende alla terza classe, appartenente alle formalità *testificative*, le quali appariscono costituite in modo, che sotto alla mano, dirò così, del Governo e dei Giudici stia il filo o la catena, seguendo la quale si giunga fino allo stato primitivo dell'Atto seguíto. Allora per questa solida connessione le più minute formalità acquistano tutto il valore dell'Atto primitivo, meritano tutte le cure del Legislatore; ed invece di accusarne il rigore si benedice la mano che le stabilì, ammirandone la providenza, che abbracciando in un solo colpo d'occhio i due estremi del grande sistema del mondo morale, seppe riunire i rapporti statuenti ed ipotetici co'i rapporti amministrativi e pratici, porre, a guisa della catena omerica, a contatto, per quanto fu possibile, la realtà con l'apparenza, e procedere, per quanto lo comporta la condizione umana, con la maggiore certezza e giustizia.

§ 917. Questo sistema, benchè complicato, riesce assolutamente necessario in proporzione dei progressi della vita civile. E se nelle prime età, mediante la forza della morale naturale, avvalorata dalla religione,

si potevano ottenere i beneficj di una imperfetta società senza tante precauzioni, all'attenuarsi di vincoli tanto preziosi l'incivilimento stesso somministrò i mezzi onde sostituire altri mezzi, e proteggere l'ordine voluto dalla comune giustizia ed utilità, e subentrò la legge che fa uso dei medesimi.

V. Conseguenze e ricondotta del discorso al primitivo assunto.

§ 918. Condotto il discorso fino a questo punto, la nostra mente trovasi a contatto dell'ordine pratico e concreto delle cose. E qui parlando della materia dei testamenti, noi troviamo la ragione, per la quale il nostro Legislatore non volle che si ricercassero le prove della loro validità o invalidità fuori del documento che ne esprime la storia. È evidente che con questo mezzo la legge risparmiò tutte quelle penose, dispendiose, incerte e spesso impossibili ricerche, le quali, con grave danno publico e privato, si dovessero rintracciare fuori dell'Atto; ed abbandonò all'impero della necessità delle cose la sorte di quelle sole prove ch'essa non poteva stabilire con buona riuscita.

§ 919. Siccome poi fu sopra osservato che *la prova fa diritto*, così in forza della legge nostra *positiva* su le materie testamentarie, nelle quali il Legislatore prescrisse la *menzione* per ogni classe di formalità, si deve tradurre questa regola in un'altra; e dire che, secondo il Codice Napoleone, *nei testamenti la menzione, come presunzione di legge, fa diritto per tutte quelle circostanze che si effettuano per legge nell'Atto testamentario.*

§ 920. Ho detto in primo luogo che *si effettuano nell'Atto testamentario;* e ciò per limitare la regola dentro i suoi giusti confini, avendo già avvertito che sonovi certe circostanze, le quali, malgrado la menzione, ammettono non ostante prove estrinseche *in via civile.* In questo particolare la legge serve alle circostanze necessarie delle cose ed ai confini dell'Atto particolare del testamento, nel quale non si può tener conto se non di quelle circostanze che in quel momento cadono sotto ai sensi, e delle quali veramente si può ottenere una fede certa.

§ 921. Ho detto in secondo luogo che *la menzione fa prova e diritto* almeno come presunzione di legge. Con ciò ho preteso pure di limitare la regola dentro quei confini che nascono dall'espressa disposizione della legge. È noto che il documento testamentario ed ogni altro fanno fede legale fino appunto alla inscrizione del falso criminale. Da ciò viene, che l'adempimento di tutte le solennità comunque imponenti, quanto alla loro credibilità, non producono in faccia della legge che una

certezza provisoria, e propriamente una *gravissima presunzione legale*, la quale cede ad un'altra presunzione maggiore, risultante *da tutto il complesso delle prove criminali*. S'egli è vero che la certezza, considerata in astratto, esclude il timore del falso; e quando questo timore ha luogo, ha pur luogo la semplice probabilità, che forma la presunzione; egli è evidente che per ciò stesso che il Legislatore ammise l'iscrizione in falso criminale, ossia la facoltà di dimostrare co' i mezzi di prova, ammessi nella criminale procedura, la falsità del documento, egli suppone che la prova civile e legale per sè stessa non rechi la certezza, ma bensì racchiuda sempre il timore del contrario; e quindi essere la medesima incapace a produrre sì fatta certezza, ed essere totalmente idonea a produrre un semplice senso più o meno forte di probabilità, e risolversi quindi in una semplice *presunzione legale*, qualunque sia la forza che piaciale di attribuire. Egli è certo però, che nel caso che la falsità venisse rilevata in via criminale, si toglierebbe una presunzione legale co 'l mezzo di un'altra presunzione, tale essendo sempre la forza delle prove giudiziarie di qualunque genere, ed in generale di tutti i mezzi co' i quali si genera la fede umana (1).

§ 922. In forza di queste considerazioni egli è facile vedere che la legge nel limitare l'uso della prova testimoniale, e nel porla, per così dire, al di sotto della prova scritta, essa non solamente non ne degradò la forza, allorchè tal prova si trova *congiunta* a tutto il sistema dei motivi di credibilità, come appunto avviene nelle materie criminali; ma bensì pose tal prova così unita al di sopra della prova scritta; o, per meglio dire, la legge considerò che l'unione dei mezzi naturali di credibilità fosse prevalente al sistema artificiale umano architettato dalla legge civile; e così per una specie di ritorno alla forza delle circostanze naturali riconobbe il loro predominante impero. — Con ciò si concilia ogni apparente assurdo di fatto, che potrebbe risultare confrontando il sistema delle prove legali in via civile, con lo stesso sistema sanzionato per le cose criminali; e risultando l'assoluta preminenza di quest'ultimo, preso in tutto il suo complesso, risulta pure la convenienza, che per di lui mezzo si decidano affari molto più importanti dei civili, e si disponga perfino dei destini dei particolari.

§ 923. In tutte queste considerazioni però ognuno si avvede che l'onda delle idée ci ha spinto fuori della sfera dei rapporti razionali, per immergerci in quella dei rapporti puramente positivi, e che per conse-

---

(1) Vedi il Supplemento, Nota II.

guenza l'officio nostro quì è totalmente subalterno alla disposizione della legge. Volendo noi quindi seguire le tracce segnate dal Legislatore, saremmo costretti ad entrare in osservazioni particolari, le quali cadono più opportunamente in altro luogo. Ivi, esaminando il sistema delle formalità stabilite dal Codice Napoleone su i testamenti, ci verrà fatto di dimostrarne la convenienza, la forza testificativa e l'opportunità pratica, non disgiunta da quella savia economía e discrezione, dirò così, legislativa, la quale da una parte provedendo ad un oggetto particolare di utilità, sa evitare maggiori inconvenienti, e serbare intatti tutti gli interessi, secondo la loro importanza.

§ 924. Invece quì, a proposito dell'argomento che ci ha finora occupati, osserveremo che tutto il sistema delle nullità cadendo essenzialmente su quello delle forme, e queste essendo assorbite dal sistema della verità estrinseca, e perciò da quello delle prove, è d'uopo di accuratamente distinguere le questioni dipendenti dalla disposizione positiva della legge dalle questioni di ragione dipendenti dai rapporti naturali delle cose, avuto riguardo all'autorità della legge. E trovando noi che per opera del Legislatore tutte le forme testamentarie furono ordinate, ed ordinata pur anche la menzione della loro osservanza, ne segue che la questione, se si possa fuori dell'Atto cercare la prova dell'adempiuta solennità, involge due relazioni simultanee. La prima ha per oggetto le regole ordinate dalla legge circa le forme testamentarie; la seconda ha per oggetto i diritti e i doveri sì dei Giudici che delle parti nel caso della dísputa su la validità o nullità di un testamento circa il punto di ammettere o non ammettere prove estrinseche.

§ 925. Posto che il Legislatore impose, sotto pena di nullità, l'obligo della menzione dell'adempimento delle forme transitorie ordinate, non è più possibile il caso di dover cercare fuori dell'Atto la prova del loro adempimento, e fratanto ritener valido il testamento.

Cessa dunque il soggetto della questione proposta da principio, perchè cessa il supposto che la legge avendo prescritta la data forma sotto pena di nullità, non ne abbia pur anche ordinata la menzione.

§ 926. In conseguenza di questa disposizione è inutile il disputare, se nel *dubio* che una formalità fuggitiva sia stata eseguita perchè non mentovata, si debba presumere in favore della validità dell'Atto, perchè dopo il Codice Napoleone la *menzione non apposta* trae seco la nullità. Non si può dunque più disputare, se in vista del solo documento possa il Giudice pronunciare o no questa pena, dopo che viene a ciò autorizzato dalla legge; e come per pronunciare la validità non ha bisogno di

uscire dall'Atto, così non ha mai bisogno di uscire dallo stesso per pronunciare la nullità.

§ 927. Forse si pretenderà che come prima d'una istruzione piena circa la verità d'un Atto rivestito di tutte le forme la sua validità è puramente presuntiva, sia pure presuntiva anche la nullità, e per conseguenza si possa sospendere il giudizio sì prò che contro l'Atto testamentario. Ma ciò è estraneo alla nostra questione, in cui si contempla l'affare nello stato suo *primitivo*, cioè avuto riguardo alla forma propria con la quale l'Atto testamentario si presenta rivestito, e non a circostanze di fatto ancora incognite e di alta indagine, le quali, dove si tratta di un Atto che *paratam habet executionem*, non possono ritardare la providenza del Giudice. La facoltà pertanto, risultante dalla legge testamentaria, diviene nel Giudice un dovere. Ed ecco com'egli può dire alle parti nella sede attuale di giudizio: Io non debbo nè posso ammettere prove estrinseche per pronunciare il giudizio di validità o di nullità, a cui ora sono chiamato.

§ 928. Io confesso che non ne viene perciò la conseguenza, che in altra sede di giudizio non si possa, dopo speciale istruzione, conoscere dello stesso oggetto, e confermare o togliere l'antecedente giudizio presuntivo (del che si parlerà più sotto); ma da ciò non lice dedurre che il Giudice o la parte possano a dirittura essere trascinati fuori del documento: e in questo senso dopo il Codice Napoleone io rispondo affermativamente al Quesito proposto alla pag. 28 del Vol. IV. del *Giornale di Giurisprudenza* (1).

---

(1) Ecco il tenore del Quesito che è qui richiamato.

« Quesito. — La esecuzione di una formalità estrinseca e transitoria (*) di un testamento, prescritta sotto pena di nullità, si prova forse unicamente con la menzione fattane nell'Atto? E però:

1.° La mancanza della menzione dell'adempimento equivale forse a mancanza di esecuzione?

2.° È egli vero che non possa essere ammessa alcuna prova suppletoria fuori dell'Atto per provarne l'adempimento seguito, come che non possa essere ammessa veruna prova (tranne l'iscrizione in falso) per provarne l'inadempimento contro la fede della menzione? »

(*) « Qui si parla delle formalità *transitorie*, non delle *permanenti*, perchè le permanenti formando parte dell'Atto che deve durare, esso rimarrebbe imperfetto senza la loro esecuzione; e quindi per la stessa ragione, per la quale si disputasse su la necessità di una di queste formalità permanenti, potendosi disputare per tutte le altre, la cosa andrebbe a finire, e stabilire la esistenza di un testamento senza scrittura. La questione pertanto non può ragionevolmente suscitarsi che su le formalità puramente transitorie, le quali non lasciando alcuna traccia dopo di sè, non possono lasciar notizia della loro esistenza che mediante la memoria delle persone che ne videro la esecuzione. Il Quesito pertanto presenta la ricerca, se codesta memoria debba essere consegnata allo scritto, e precisamente in quello stesso scritto ch'esprime il

Con le premesse considerazioni si conciliano pure i passi del sig. Merlin, co 'l primo dei quali distinse le forme fuggitive dalle permanenti (§ 806 in nota), e co 'l secondo accusò questa distinzione come inutile (§ 912).

§ 929. Certamente nel sistema stabilito dal Codice Napoleone, nel quale fu imposto l' obligo della menzione delle formalità tanto permanenti quanto fuggitive del testamento solenne, ogni distinzione di formalità o permanenti o fuggitive è del tutto inutile, perchè l' omissione della menzione trae seco lo stesso effetto sì per le une che per le altre, cioè la nullità legale; e quindi rispetto al loro *effetto presuntivo* essendo tutte parificate, sotto questo rapporto non è necessaria veruna distinzione. Ma inutile non è per lo contrario codesta distinzione, avuto riguardo al *carattere reale* delle cose, che influisce in un giudizio non di presunzione legale, ma di certezza e di equità naturale; ed inutile non è nè meno avuto riguardo all'*effetto* loro nel caso in cui la legge non avesse stabilita un'eguale obligazione di menzione. All'opposto consultandosi la natura propria delle stesse formalità, tanto in via di ragione, quanto in via di autorità, siamo costretti a conchiudere secondo i termini della prima opinione.

§ 930. Lo stesso apparente conflitto sorge confrontando le Decisioni della Corte di Cassazione, accennate dal sig. Merlin, con quella delle Sezioni riunite, del 5 Genajo 1810, sopra recata; e questo conflitto cessa, e le Decisioni vengono conciliate distinguendo il fatto d' un sistema di Legislazione simile a quello dell'odierno Codice, nel quale fu ordinata la menzione anche delle formalità fuggitive, dal fatto del sistema diverso, nel quale questa menzione non fosse stata così universalmente imposta. — Ricondotte così le nostre osservazioni al soggetto che da prima ci occupò in questa trattazione, e combinandole con gl' inconcussi principj riguardanti le nullità e la loro applicazione, ognuno rileva quanto armonico, coerente ed indivisibile sia il sistema delle cose, e quanto indeclinabili siano le regole della loro applicazione.

VI. Della natura puramente eccezionale del titolo di nullità.

§ 931. Sotto qualunque forma, sia in giudizio che fuori, si facia uso del titolo di nullità, altro veramente non si fa che addurre una semplice *eccezione*. Imperocchè un Atto, per ciò stesso ch' è nullo, non può

---

testamento; o se possa, in caso di dubio, essere rilevata altrimenti. » (Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* del 1812, Volume IV. pag. 28.) (DG)

legalmente produrre verun effetto di Diritto. Dunque da lui non può nascere una vera azione, prendendo la parola *azione* nel senso legale, e quale si usa nei giudizj; ma ne nasce una mera eccezione.

§ 932. A schiarimento e prova di questo pensiero conviene richiamare la distinzione fra la semplice *materialità* dell'Atto e la di lui *efficacia legale*, ossia la di lui capacità a produrre al cospetto della ragione e delle leggi l'effetto che ne dipende come da cagione. L'Atto, preso nella sua materialità, altro propriamente non è che il nudo esercizio di una forza; nella sua reale costituzione altro non produce che l'esistenza materiale di dati fatti, che si chiamano *circostanze dell'Atto*. In questa vista generale tutte le umane operazioni, siano doverose, siano indifferenti, siano giuste, siano ingiuste, tutte si rassimigliano, e costituiscono propriamente quella che dicesi *fatto*. Questo fatto, ossia meglio alcuni di questi fatti, in quanto si considerano *conformi* ad un dato ordine, contraggono la qualità di *giusti*: diconsi *ingiusti* quando sono difformi dal medesimo. La giustizia pertanto e l'ingiustizia, considerate come qualità inerenti al fatto, altro veramente non sono che idée *relative*, perchè presuppongono un ordine che si figura come regola a cui si riferiscono; e da questo paragone si trae la *conformità* o la *difformità*, della quale vestendosi il fatto, dicesi *giusto* o *ingiusto*. In senso astratto tali idée altro non sono che relazioni logiche, applicabili per altro ad ogni oggetto anche materiale che si confronta con un dato modello.

§ 933. Se si contemplino le umane azioni sotto questo semplice rapporto, si abbracciano tanto le azioni semplicemente lecite, quanto quelle che producono un vero jus o diritto, perchè ambedue queste specie di azioni si dicono *giuste* unicamente perchè si riferiscono ad una norma precedente, con la quale non si trovano punto discordi; e però per una specie di personificazione, attribuita a quest'ordine o legge, si figura che queste azioni non meritino la sua disapprovazione.

§ 934. La sola rettitudine pertanto o giustizia di un'azione, ossia di un fatto, non somministra ancora l'idéa di un pieno jus, perchè al concetto di *jus* si annette qualche cosa di più, cioè l'obligazione altrui a fare qualche cosa, o a non impedire ch'essa si facia. E quì nasce l'idéa propria del *diritto*, che involge nel suo seno un altro rapporto estrinseco, vale a dire la suddetta obligazione altrui; e si può quindi definire = la facoltà di fare o di ottenere tutto quello ch'è conforme all'ordine legale, in quanto nel suo esercizio non può essere senza ingiustizia contrariata da chi che sia. =

§ 935. Posta questa facoltà, considerata come semplice *potenza*, ne nasce che il fare o l'ottenere effettivamente la cosa importa l'esercizio dell'umana attività; e che per conseguenza il diritto, considerato nel suo esercizio, altro propriamente non sia che la forza umana, in quanto si considera da una parte conforme all'ordine, e dall'altra parte come esente da legitimo ostacolo per parte altrui; o, a dirlo altrimenti, il diritto considerato così altro non è che la potenza legale di obligare altrui ad agire in nostro vantaggio, o per ottenere da esso l'oggetto contemplato, o perchè non c'impedisca di ottenerlo.

§ 936. Posto ciò, fra il diritto considerato come *facoltà* ossia come *potenza*, e lo stesso diritto considerato *in esercizio*, havvi quella distinzione e distanza che passa fra la *potenza* e l'*atto*. E siccome può accadere che per ridurre la potenza ad atto si esigano circostanze intermedie, ossia condizioni subalterne ed eventuali, verificabili anche co 'l tempo; così tutte queste cose si rendono necessarie a fine di attivare l'esercizio legitimo della forza, e rendere realmente esistente ed operativa la facoltà ossia la potenza originaria, che appellasi *diritto*. Da queste considerazioni emerge che il diritto, considerato nella sua *effettività*, richiede il concorso di altre circostanze. Allora il diritto, così rivestito di tutti i requisiti ond'essere praticamente operativo, acquista il nome di *azione legale;* ed il diritto fondamentale primitivo, considerato come cagione, acquista il nome di *titolo* ossia di *cagione dell'azione*. Da ciò nasce il principio, che non si dà azione a favore di taluno, se per parte sua non esiste un diritto perfetto ed immediatamente esercibile; e per parte altrui una obligazione, la quale pure si debba immediatamente adempiere, e per cui la persona obligata si possa legalmente costringere all'immediato adempimento.

§ 937. Per lo che si vede che vi può essere un diritto senza che per anche vi sia l'azione, perchè appunto possono mancare le circostanze intermedie necessarie a ridurre la potenza ad atto: ma che per lo contrario non può esistere azione legale senza il pieno diritto antecedente; come non può esistere l'*effetto* senza la precedente *cagione* in tutta la sua piena *effettività*.

§ 938. Subalternamente a quest'idéa, e considerando che l'esercizio legitimo della forza di taluno può essere attraversato per opera altrui, e che altri obligati a fare qualche cosa a nostro vantaggio ricusino di farlo, ne nasce la necessità di usare della forza, sì per togliere l'ostacolo, e sì per costringerlo all'atto a cui si considera obligato. Questa considerazione, tutta relativa ai soli casi della *resistenza* e del *rifiuto*

ingiusto altrui, abbraccia tutte le ipotesi degli affari contenziosi, e fa sorgere l'idéa dell'*azione litigiosa;* e per altri nuovi rapporti fa sorgere l'*azione giudiziale* propria delle civili società, quale fu definita nel Diritto romano, ed anche in oggi è ritenuta; cioè = il diritto di ripetere dinanzi ai Tribunali quello che ci è dovuto o che ci appartiene dicesi *azione;* e l'esercizio primo di questo diritto, *domanda* (1).

§ 939. È troppo noto che un'azione semplicemente litigiosa può aver luogo fra gli uomini fuori dello stato della civile società; ed allora si spiega con veri atti di guerra o fra privato e privato, o fra tribù e tribù. Ma con la formazione dei Governi regolari essendo stato tolto questo mezzo, e creati Giudici e Tribunali muniti della forza publica per attribuire ad ognuno il suo, ne segue che ogni azione litigiosa acquistò l'attributo di *giudiziale.* Per questa ragione fu detto la definizione allegata essere propria dello stato civile di una società, nella quale solamente sonovi Tribunali, dinanzi a cui, invece di cominciare con un atto di *forza*, si comincia con una semplice *domanda.*

§ 940. I modi speciali per accertare il Giudice dei fatti costituenti il primitivo diritto e la conseguente azione (lo che abbraccia tanto la produzione delle prove (2), quanto l'altra serie degli Atti), onde con la

---

(1) *Teoría delle azioni, eccezioni e giurisdizioni della Corte di Cassazione dell'Impero francese,* Art. II.

(2) Ho detto *la produzione delle prove,* e non *le prove medesime,* perchè tutti i principj che riguardano la natura e la forza dei diversi mezzi di prova sono indipendenti dall'ordine delle procedure, e traggono la loro origine dai fonti logici e positivi, somministrati dalla ragione e dall'autorità. La materia delle prove è un ramo della Logica, che si appella co 'l nome di *Critica:* essa abbraccia tutti i motivi di credibilità di un fatto accaduto, ne distingue le specie, ed assegna a tutti il rispettivo valore. Considerato questo ramo nelle materie legali, non soffre mutazione veruna essenziale, ma solamente circoscrive i suoi cánoni a quei mezzi che la legge positiva trascelse ed adottò come più opportuni per illuminare i fatti, e renderli credibili od incredibili; e la Filosofía, annoverando la specie di questi mezzi adottati dalla legge, ne stabilisce la certezza o la probabilità, allorchè la legge stessa non l'abbia fatto, ed assegna per ogni fatto legale il complesso dei mezzi opportuni onde dimostrarne la reale esistenza, indicando nello stesso tempo, se fia d'uopo, la inconcludenza di altri mezzi che piacesse d'impiegare. Siccome poi la considerazione della legge e della filosofía è estremamente limitata, e dall'altra parte la natura può dirsi infinita; così ogni veduta della legge positiva e della filosofía riesce in pratica necessariamente limitata: talchè ci dobbiamo contentare di semplici regole generali, l'applicazione delle quali appartiene all'industria del Giureconsulto e del Giudice illuminato. — Sarebbe opera degna di un uomo assolutamente superiore quella di esporre in un Trattato apposito la teoría ossia i principj generali della sana critica legale nelle materie sì civili che criminali; e ciò tanto più in oggi, che per le materie civili furono introdotte innovazioni ossia limitazioni providissime, e nelle materie criminali fu dato al convincimento dei Giudici il suo necessario e legitimo impero per assoggettarlo a quello della ragione.

forza publica dia sfogo al diritto, costituiscono tutti il sistema della *procedura.* Questa rivoluzione di cose, per la quale un terzo destinato dall'Autorità publica diventa giudice fra due contendenti (mentre prima ogn'individuo era giudice del proprio diritto), se da una parte ha prodotto l'inestimabile beneficio della pace interna, sostituendo l'innocuo simulacro dei dibattimenti giudiziarj alla guerra violenta primitiva; dall'altra parte ha portato la necessità di far uso della verità *estrinseca*, per la quale la piena certezza che taluno aveva di un fatto viene affidata necessariamente alla sorte delle prove estrinseche, ed all'impressione o credibilità che ne può risultare: motivo pe 'l quale talvolta è forza che il reale diritto del privato venga sacrificato a più importanti interessi.

§ 941. Ma non volendo noi deviare dall'argomento prima proposto, osserviamo che l'azione giudiziale non è che un modo di essere dell'azione legale, poichè effettivamente fuori di lite ogni qual volta un privato domanda legitimamente il suo ad un terzo e lo ottiene, oppure che esercitando un proprio diritto il terzo non si oppone, si esercita una vera *azione legale*, presa nel suo vero senso.

§ 942. Oltre a ciò, in forza dell'esposta analisi noi rileviamo che l'ultimo termine del diritto essendo propriamente quello di *ottenere*, mediante l'esercizio della propria o altrui attività, un bene qualunque; l'azione legale propriamente detta importa questa mira, e quindi suppone nel titolo dell'azione l'*efficacia* a produrre questo bene come suo effetto naturale. Se dunque tutte le cure nella discussione delle nullità si risolvono nel togliere ad un fatto qualunque questa efficacia, come si rileva dalla sola definizione della *nullità*, egli è evidente che la ragione della nullità non potendo operare che negativamente, essa non può operare, rispetto alla persona che può far uso di un Atto nullo, che in via di *eccezione*, e mai in via di *azione*. L'*azione* importa essenzialmente l'effetto reale del diritto; l'*eccezione* per lo contrario, considerata nella sua funzione propria, altro non importa che di togliere la forza legale alle cagioni stesse, dalle quali si vuol far discendere il diritto. Sia dunque che si proponga una nullità in via principale, vale a dire senza che sia stata spiegata un'azione antecedente; sia che si proponga in via subalterna, vale a dire dopo che un'azione fu spiegata onde schermirsi dal di lei effetto (lo che rassimiglia all'offesa ed alla difesa): sarà sempre vero che l'uso del titolo della nullità fa sempre contro altri la funzione di eccezione. Spiegata l'azione con la domanda, ciò è per sè evidente, senz'abbisognare di dimostrazione: prima della domanda poi ciò appa-

risce vero, considerando il supposto su 'l quale si fonda l'intenzione di chi impugna l'Atto per ragione di nullità; perchè appunto prevedendo egli che in forza dell'Atto viziato di nullità si possa da lui indebitamente ricercare l'oggetto contemplato nell'Atto, oppure che si possa impedirgli l'esercizio del proprio diritto, egli tenta di farlo dichiarar nullo per prevenire quest'effetto, senz'aspettare d'essere molestato od impedito nella sua azione.

§ 943. Nell'uno e nell'altro caso però egli veramente esercita una mera eccezione; con la differenza solamente, che nell'un caso l'intenzione altrui di servirsi dell'Atto nullo è già spiegata, e colui che eccepisce di nullità dirige i suoi colpi contro la domanda prodotta; e nell'altro caso non lo è ancora. Ma sebene la domanda non sia fatta, ciò non ostante colui che eccepisce di nullità dirige egualmente i suoi colpi contro l'Atto medesimo per ottenere lo stesso intento.

§ 944. Se in forza di un Atto, che si può impugnare come nullo, taluno spiega un'azione, egli non la spiega in forza della supposta nullità, ma bensì in forza della supposta validità; perchè altrimenti si domanderebbe un effetto co 'l proporre una cagione o contraria o inefficace, e si domanderebbe come conseguenza di tale cagione: lo che è assurdo.

§ 945. Concludiamo adunque, che il titolo di nullità non è sempre che un'eccezione, e non opera che in via sola di eccezione, qualunque sia la forma con la quale questo titolo venga presentato. D'ordinario le eccezioni non si presentano alla mente che come subalterne ad una domanda già spiegata: co 'l riguardare l'eccezione da questo solo lato estrinseco non s'índica la natura intrinseca di un titolo, ma solamente la sua funzione accidentale ed estrinseca, perchè fa spesso la funzione di eccezione anche un Atto valido, e capace a produrre da sè un'azione. La natura propria dell'*azione* e della *eccezione* è indipendente dal modo di proporle; e però il voler determinare la loro natura in conseguenza solamente dell'uso, è una cagione di errori e di false applicazioni.

VII. Del diritto di usare delle eccezioni di nullità.

§ 946. Fissata così la natura propria del titolo di nullità, si presentano gli ulteriori principj, riguardanti l'uso delle eccezioni di essa. Dalle precedenti considerazioni consta che la eccezione di nullità in pratica non è che un mezzo di difesa. Dunque l'uso che si può fare dell'eccezione di nullità è unicamente animato dal diritto di difendere i proprj diritti, e perciò è determinato e diretto dall'interesse della loro conservazione:

lo che si risolve nella giusta mira di ottenere e conservare il bene che nasce dall'esercizio dei diritti.

§ 947. Quando voi per un titolo nullo domandate a me una cosa che a me preme di non concedervi, e che io oppongo la eccezione di nullità, la mia operazione si risolve nel dimostrare di non essere tenuto a prestare la cosa domandata, nel dichiarare di non volerla prestare; e così io guarentisco e conservo la mia proprietà e la mia libertà. Parimente quando io domando con diritto a voi una cosa, e voi, o per non farla, o per non prestarla o concederla, mi opponete un titolo nullo, ed io impugno questo titolo per capo di nullità, io esercito la stessa difesa, con la mira di ottenere il medesimo fine. Lo stesso ha luogo nel caso che, senza domandar nulla a voi, io facia con diritto qualche cosa, e voi vi opponiate per un titolo nullo, contro il quale io eccepisca di nullità. Risulta dunque che la natura propria dell'eccezione di nullità è tutta negativa, e che per sè stessa in chi ne fa uso non fa che una funzione di *difesa*, offendendo per altro la ragione altrui fino a distruggerla; ma considerando la cosa in tutto il suo complesso, questa eccezione forma parte integrante di una vera azione, della quale costituisce un mezzo di difesa, e trae tutta la sua forza e il suo movimento unicamente dal diritto che determina l'azione.

§ 948. Ridotta la cosa a questo aspetto, quì si presenta un principio luminoso ed universale, predominante anche nell'odierna Giurisprudenza. Questo si è, che = l'*interesse* è l'anima, e determina la misura delle azioni: quegli che non ha interesse non può essere ammesso in giudizio ad agire = (1). Questo principio nasce dalla natura stessa del diritto, inseparabile dall'azione e cagione unica della medesima, l'oggetto finale del quale si è appunto l'*interesse*. Tutte le cagioni pertanto che dirigono l'uso, od estinguono l'esercizio del diritto, o variano l'interesse che lo anima, tutte parimente dirigeranno l'uso e la sorte delle azioni ed eccezioni, e per conseguenza anche l'uso della eccezione di nullità.

E siccome tanto per ragione naturale, quanto per ragione civile, varie e moltiplici sono le cagioni che influiscono a dirigere l'uso di questi diritti, o a renderli inefficaci; così pure varie e moltiplici sono le cagioni che possono rendere praticamente operativa o non-operativa un'eccezione di nullità. Ognuno può rinunciare a certi diritti introdotti

(1) *Teoría delle azioni, eccezioni e giurisdizioni della Corte di Cassazione dell'Impero francese*, Art. 3.

in suo favore: dunque può rinunciare anche ad una eccezione di nullità per quello che riguarda il proprio interesse. Quando questo interesse è ristretto alla persona, la rinuncia dell'interessato toglie pure la facoltà ad altri di far uso della nullità; quando l'Atto nullo possa toccare l'interesse di altri suscettibili di rinuncia, vale la stessa ragione mediante la rispettiva loro rinuncia. Ma se l'Atto cade o sopra diritti non alienabili per natura, o inalienabili per il sistema publico, nel quale sono involte altre persone che non si presumono mai rinunciare, la singolare rinuncia di un particolare interessato non potrà togliere il diritto di difesa risultante ad altri dalla eccezione di nullità; ma essa restando sempre viva, e quindi rimanendone intatto il titolo originario, potrà essere sempre opposta a nome della persona morale avente interesse; e quindi la singolare rinuncia sarà senza effetto, come incompatibile in ogni membro singolare della comunanza, il quale rivestendo il doppio aspetto d'individuo e di socio, non può nuocere al comune interesse prevalente, e però in figura di socio non può rinunciare a cosa alcuna in danno della comunanza.

§ 949. Da questa considerazione ci viene somministrato il fondamento della distinzione delle nullità in *assolute* e *relative*, ossia delle nullità di *ordine* o d'*interesse publico*, dalle nullità di *ordine* e d'*interesse privato;* e la nota regola, che il fatto o l'acquiescenza o il consenso del privato può bensì sanare le seconde, ma non le prime.

§ 950. Si noti bene: questa distinzione non riguarda i titoli originarj costituenti le nullità, ma solamente la facoltà posteriore e distinta di farne o non farne uso, e quindi i mezzi onde sanarle o toglierne l'effetto per autorità delle persone aventi interesse.

Riguardate le nullità relativamente alla loro costituzione, hanno luogo tutti i principj sovra esposti; talchè tanto se la nullità sia assoluta, quanto relativa, dev'essere sempre stabilita dalla legge; nè in ciò v'ha differenza fra le medesime. Ma se si fa riflesso alla facoltà di usare delle medesime, di qualunque specie esse siano, conviene consultare altri principj dedotti dai rapporti che vi dànno origine, o che possono regolare gl'individui in una data società. Quali sono questi rapporti? Specifichiamo la domanda. O parliamo di quei rapporti che inducono la distinzione fra le nullità assolute e le relative; o parliamo di quei rapporti, in forza dei quali dopo che la distinzione fu fatta (almeno nella mente del Legislatore), suggeriscono a lui il modo conveniente di farne uso, e gli dettano le regole pratiche che debbonsi osservare nel far uso delle medesime.

Se parliamo delle prime, la funzione del Legislatore consiste nello stabilire una specie di competenza; se parliamo delle seconde, la sua funzione consiste nell'ordinare un metodo. Nel primo caso il Legislatore dispone che l'opporre le tali e tali nullità apparterrà al solo privato che vi ha interesse; e l'opporre le tali e tali altre apparterrà all'Autorità publica, o al privato unitamente ad essa. Alle prime il privato potrà rinunciare, e la rinuncia avere effetto; alle seconde niuno potrà rinunciare, e la rinuncia fattane dal privato sarà senza effetto: di modo che, malgrado tale rinuncia, avrà sempre il diritto d'opporre queste nullità.

§ 951. Ora in questa prima funzione, in cui egli fissa le mentovate competenze, ed in cui il riparto ch'egli fa stabilisce appunto la differenza tra le nullità assolute e relative, egli è certamente guidato da un principio unico, che serve di divisore fra le une e le altre, fatta astrazione se tali nullità siano radicali o accidentali.

§ 952. Questo principio qual è? Ecco ciò che importa conoscere, onde vedere quali siano le nullità assolute e quali le relative, e quindi determinare gli effetti che la volontà del privato può produrre nel fare o non far uso delle medesime.

Questo principio è appunto quello dell'interesse publico o privato, distinto o reso prevalente in forza dei rapporti reali delle cose, e secondo la maniera di vedere del Legislatore.

In questa vista troppo generale si abbraccia tutto, e non si distingue nulla; e per conseguenza converrebbe entrare nell'esame delle ragioni diverse della cosa publica e privata su lo stabilimento delle formalità, onde vedere operativo questo principio.

§ 953. Quanto al metodo co 'l quale usare delle dette eccezioni di nullità, siccome ciò è opera delle circostanze e della volontà positiva del Legislatore, così non può formare oggetto delle presenti considerazioni. Osserveremo soltanto a proposito del primo punto, e per ottenere un criterio positivo onde discernere quali siano le nullità assolute e quali le relative, essere importantissimo por mente ai casi diversi, nei quali il Legislatore accordò ai privati la facoltà di rinunciare a certe nullità, di sanarle o con le rinuncie, o co 'l consenso, o con l'acquiescenza, o per altro mezzo volontario di privata autorità; e distinguerli dai casi, nei quali egli non autorizzò sì fatti rimedj: dal che si potrà rilevare in una maniera positiva quali specie di nullità abbia rese di ragione dirò così privata, e quali di ragione publica, onde attenersi più che si può alla volontà precisa della legge (1).

(1) Vedi la Nota n.° III.

§ 954. Quì per altro, dove abbiamo di mira le materie testamentarie, lice osservare che tutte le nullità sono per lo più semplicemente relative, perchè come sta in potere di un privato il rinunciare ad una successione, sta molto più in suo potere di rilasciarla o dividerla con altri, rinunciando ad un'azione giudiziaria per la mancanza delle forme richieste dal Legislatore sotto pena di nullità [1]; e molte volte, abbandonando il sistema e la tutela, dirò così, necessariamente imperfetta delle prove estrinseche, rientrare sotto l'impero della buona fede, ed eseguire, per un senso di verità e di morale, una disposizione che in forza delle leggi positive egli avrebbe potuto impugnare. Noi abbiamo già nel *Giornale di Giurisprudenza* riportato il passo eloquente di un Magistrato rispettabile, che quì ci cade in acconcio di riprodurre. « Che » giova che quella convenzione non sia a capello di legge, se si celebrò » in buona fede, se pieno e libero fu il consenso dei contraenti, se aper- » to tradimento sarebbe il risolverla? Che importa che un certo apice » di diritto francheggi quella tua pretensione, se dissotterrolla il punti- » glio, se la promosse il rancore, se la vendetta la spinge, se senz'al- » cuna tua utilità vai con essa a turbare la pace, i comodi, e forse la » sussistenza di un'infelice ed onorata famiglia? Quel testamento man- » ca, egli è vero, di qualche solennità, e potrebb' essere incenerito: ma » quel testatore che dettollo era finalmente tuo padre; ma egli ti educò, » ti nutrì, ti sostenne sino a che visse; ma prima di benedirti per l'ul- » tima volta ti pregò moribondo di soddisfare senza lagno alla scritta » di lui volontà, forse figlia di qualche suo secreto, e a te ignoto, do- » vere: tu il promettesti; ed ora tu stesso calpesti quelle tavole sacre » che non puoi non riconoscere per sue; ed ora manchi così vilmente » alla data fede e alla filiale pietà; ed ora ardisci violare le di lui ce- » neri, ed insultar forse e vilipendere la sua memoria? » [2]

VIII. Della natura e degli effetti delle nullità per difetto di menzione d'una formalità fuggitiva ed estrinseca del testamento.

§ 955. Una questione importantissima si presenta quì, la quale, per quanto io sapia, non fu mai trattata fino a questo giorno sotto il suo vero aspetto. Essa versa non su l'effetto generale della omissione della menzione di alcune formalità estrinseche e fuggitive dei testamenti, ma bensì su 'l punto se questo effetto sia rivocabile.

Io mi spiego. Se l'obligo della menzione non fosse stato imposto,

---

(1) Vedi la Nota n.° IV. — (2) Tomo II. pag. 113-114.

ma fosse stato imposto l'obligo solo della formalità sotto pena di nullità, l'omissione della menzione non avrebbe tratto seco la nullità nè meno presuntiva dell'Atto; ma in tal caso, militando in favore del medesimo la presunzione di validità, sarebbe rimasto il carico, a colui che per questo titolo avesse voluto impugnare il testamento, di provare la reale omissione della voluta formalità. La validità quindi dell'Atto sarebbe in tal caso meramente *presuntiva*, e non *definitiva;* ed invano la persona favorita dal testamento avrebbe tentato di precludere al suo avversario la facoltà di provare che fu realmente omessa la formalità, che il Legislatore volle per lo contrario eseguita. E viceversa l'avversario, senza tentare la sua prova contro la indotta presunzione di validità, si sarebbe sforzato invano di dedurre dal semplice silenzio del documento la prova della reale omissione della formalità, per dedurne la nullità dell'Atto.

§ 956. Le cose oggidì sono cangiate. Il Legislatore ha imposto l'obligo della menzione sotto pena di nullità. La nullità quindi per questa omissione esclude la presunzione di validità. È vano in oggi disputare se la validità presuntiva, che aveva luogo in passato, possa aver luogo anche oggidì, e se dal solo silenzio dell'Atto ne nasca o no la nullità. La presunzione di validità dell'Atto, risultante dalla mera lettera del documento, è cessata, e sottentra la presunzione di nullità.

§ 957. Ma si dovrà forse dire che questa presunzione sia irrevocabile, o invece si dovrà dire che la legge, co 'l pronunciare in questo caso la nullità dell'Atto, abbia semplicemente sostituito la presunzione legale di nullità a quella di validità; e per conseguenza siccome la presunzione legale di validità non escludeva *ex post facto* la prova reale di nullità, così in oggi la presunzione legale di nullità non escluda la prova reale di validità? In caso che quest' avversativa potesse aver luogo, eccone le conseguenze.

1.° La nullità legale sarebbe stabilita per il solo fatto della mancanza della menzione.

2.° Essa rimarrebbe ferma sino a che d'altronde non risultasse la piena convinzione dell'esecuzione della forma voluta; talchè cedendosi allora alla forza invincibile della verità, si provederebbe con la giustizia, senza violare le altre mire che fecero stabilire la nullità.

3.° La presunzione legale di nullità militando contro l'Atto testamentario, colui che volesse difenderlo avrebbe il carico di provarne evidentemente la validità, provando evidentemente la reale esecuzione della formalità fuggitiva non mentovata nell'Atto; e colui che volesse impugnarlo altro carico non avrebbe, che quello di far rilevare il difetto

di menzione: e in questa lotta le cure, i pericoli e le spese del difensore della validità lo punirebbero a bastanza per la sua non-mancanza al prescritto della legge.

§ 958. Ciò premesso, io domando se nello stato attuale della nostra Legislazione quest' avversativa possa aver luogo. Ognuno comprende che se la legge espressamente resistesse, tale questione non sarebbe nè meno proponibile, comunque assurda ed ingiusta potesse essere la legge: ma osservando il di lei perfetto silenzio su 'l proposito della forza della nullità pronunciata per difetto di menzione dell'adempimento delle formalità fuggitive, nè trovandosi ragione onde parificarla alla reale omissione delle altre formalità prescritte (come si vedrà più sotto); io oso proporre la questione suddetta, lasciando ai lumi dei più saggi il pronunciare definitivamente.

§ 959. Un esempio chiarirà meglio l'oggetto preciso di tale questione. Questo esempio sia appunto il caso sopra contemplato, nel quale il documento testamentario esprima la dettatura ad un Notajo, senza esprimere la menzione ch'esso fu scritto dal Notajo medesimo. Suppongasi che l'erede scritto dica al suo avversario (il quale per sopra più prestò la sua assistenza al defunto, ed egli stesso andò a chiamare il Notajo, e ne conosce perfettamente il carattere); suppongasi, dissi, che lo interroghi nella seguente maniera: Puoi tu negare che questo documento sia sottoscritto e munito della fede notariale di pugno del Notajo medesimo, che vi appose la sua firma ed il suo suggello? No certamente. Tu lo confessi; e se no 'l confessassi, ciò sarebbe tosto comprovato da tutte quelle Autorità publiche, le quali sogliono apporre la legalizzazione agli Atti di questo Notajo riconosciuto. Puoi tu negare che il rimanente dello scritto non sia dello stesso carattere a te ben noto? Nè meno; e se tu lo negassi, queste Autorità deporrebbero contro di te: egualmente deporrebbero periti calligrafi co 'l confronto di altre milliaja di Atti ch' esistono nei publici archivj, e tutti quei testimonj che si sottoscrissero all' Atto, i quali videro il Notajo scrivere per intiero il documento. Ecco pertanto fermamente dimostrato che lo stesso Notajo che afferma essere stato a lui dettato il testamento, fu pure quello che lo scrisse; e la tua stessa confessione pienamente prova contro di te. Come dunque all'ombra di una legge fatta per altri casi, nei quali questa tua scienza non si potrebbe verificare, vuoi impugnare il documento medesimo come indegno di una fede che tu prestasti già, e per una mostruosa contradizione affermare che credi e non credi la medesima cosa in uno stesso momento?

§ 960. La legge, tu dici, non dà fede all' Atto mancante di questa menzione; dunque io posso impugnarlo. La legge, io rispondo, non dà fede al documento per tutti gli altri casi diversi da questo: ma essa non disse mai di non darvi fede nell' ipotesi di circostanze simili alla presente; ed anzi implicitamente disse di prestarvi piena fede nel caso presente, perchè in questo caso appunto l'urgenza delle prove è tale, che toglierebbe perfino ogni presunzione di falso, cui la legge non osò mai di escludere, a fronte del presunto adempimento di tutte le formalità da lei prescritte. Di fatto supponiamo il caso inverso: vale a dire che nel documento esistesse la menzione della scrittura fatta dallo stesso Notajo; e supponiamo che si volesse per altri argomenti impugnare il documento di falso: se io nella competente sede di giudizio ti convincessi, con le prove medesime che tu mi somministri oggidì, non riuscirei forse a disipare qualunque sospetto di falsità? Se dunque la legge diede una tal forza ai mezzi di prova, che si possono raccogliere ed impiegare nella iscrizione di falso, da vincere la prova estrinseca di verità risultante dall' adempimento delle sue formalità civili; e se io con una forza ancora più prevalente potrei distruggere questi mezzi dell' iscrizione di falso: con quanta maggiore ragione questi stessi mezzi non dovranno prevalere alla nuda presunzione legale di difetto della solennità, che il Legislatore fece sorgere dal difetto della menzione del di lei adempimento? Ora disipando io con tali mezzi questa presunzione, ne segue che debba esserne tolto il conseguente effetto della nullità.

§ 961. Nè si potrebbe dire che il mio assunto possa riuscire di pessimo esempio, e trar seco nocive conseguenze; imperocchè, limitandomi ai mezzi indubitati di prova e facilmente ottenibili, io anzi servo alla legge, intenzione della quale non fu mai di togliere a veruno il suo, quando la prova del diritto emerga vittoriosamente e facilmente; e con l' instituire tale prova non si offende l' incolumità dei diritti altrui, nè si collidono le di lei providenze pe' i casi diversi dal presente.

§ 962. Qual è finalmente il fine della legge nello stabilire queste formalità, e nell'esigerne la susseguente menzione? — Esso è propriamente quello di assicurare esternamente la prova di quei fatti, pe' i quali finalmente la giustizia possa assegnare a ciascuno il suo. In questa operazione il Legislatore fa la funzione di semplice protettore del privato diritto; e prova ne sia, che le nullità testamentarie non sono assolute, ma puramente relative [1]. Se in una vista generale, che abbrac-

---

[1] Veggasi la Nota n.° III.

cia una folla di casi diversi dal mio, egli volle la nullità per mancanza della menzione suddetta, ciò era giusto; perchè niun'altra ragione prevalente si presentava, onde dettare una diversa disposizione, e la tutela della ragione privata esigeva le di lui precauzioni, quali furono da lui manifestate.

Di fatti se il testamento fosse stato fatto molti secoli fa, nè si avessero i mezzi che io ho; se non si potesse facilmente, prontamente ed evidentemente rilevare tutto ciò ch'io dimostro contro di te: io veggo benissimo che potendo aver luogo un dubio ragionevole, nè potendosi disipare questo dubio con mezzi posteriori, mancherebbe un elemento di piena fede sussidiaria all'Atto; e per conseguenza in tutti questi casi non si potrebbe supplire con mezzi acconci di prova, ed assicurare così la sorte delle private fortune: ma questo stesso motivo prova vie più in mio favore nel caso mio, nel quale appunto non si verifica la mancanza di questi mezzi prevalenti che costrinsero il Legislatore ad emanare la sua disposizione, ed anzi si verifica il contrario; cioè un tal complesso di mezzi pronti, facili ed evidenti, che trascinano il consenso, e l'azione dei quali è tale, che non si potrebbe perimere senza un'evidente ingiustizia, senza collidere le mire avute dalla legge nello stabilire l'obligo della menzione, e senza rendere la legge incoerente con sè medesima nell'avere accordata l'iscrizione di falso contro un documento rivestito di tutte le formalità da lei volute.

§ 963. Ben lontano ch'io possa accusarla di questi vizj, anzi ne ammiro la estrema circospezione. Ha essa forse ordinato in qualche luogo che le nullità da lei comminate anche nel caso presente siano irrevocabili? No certamente. Ha essa vietato espressamente che fuori del documento testamentario non si possano mai cercar prove nè contro, nè oltre al medesimo? Essa tace perfettamente su ciò, ed anzi con l'avere accordato l'iscrizione in falso ha dichiarato di attribuire la forza di mera presunzione alle forme testificative da lei prescritte, in modo che tale presunzione possa essere vinta da un'altra maggiore, risultante dai mezzi di prova più convincenti.

§ 964. Che cosa dunque rimane dopo ciò? La legge essendosi puramente ristretta a prescrivere le forme testificative, nè avendo oltrepassato questo confine senza nè meno salire ad una regola generale, con la quale si proibisca di desumere prove fuori dell'Atto; ha lasciato aperto il campo di far separatamente uso delle medesime in quei casi ne' quali tali prove fossero urgenti, pronte e facili, onde accertare della verità delle cose.

§ 965. Sia dunque pur vero che il documento per sè mancante della riferita menzione porti la nullità. Nel caso concreto questa pena si riterrà per pronunciata: essa resterà ferma sino a che altra fede maggiore non sopravenga, valevole a sgombrare ogni dubio e perplessità. La legge così avrà il suo effetto pronto ed inevitabile; ma allorchè questi mezzi prevalenti avranno trionfato, egli sarà conforme al voto della legge medesima il ritrattare la pena indotta per altri casi, ed anche per il presente contemplato in una guisa ipotetica, cioè nel solo caso che la prova trionfante sia meramente possibile, e non verificata in fatto.

§ 966. Un riflesso accessorio giova per me a confermare la mia conclusione. La legge accorda un mezzo per distruggere la fede di un documento conformato secondo le di lei prescrizioni. Il di lei motivo si è di far trionfare per questo mezzo la verità, ed attribuire il conveniente esercizio al privato diritto. Che se tale è la sua intenzione, perchè dunque non si dovrà egualmente verificare allorquando con maggiore evidenza, prontezza e facilità si tratta di sostenere invece il documento medesimo? L'intenzione non è forse la stessa? La giustizia ed il diritto non importano forse di far trionfare la verità tanto nell'uno quanto nell'altro caso? Nel caso di confermare la fede del documento v'ha forse pericolo di controvertere qualche altra mira più importante del Legislatore? No certamente, per le ragioni già sopra allegate. Perchè dunque introdurre questa disparità, alla quale la legge non resiste, e che anzi è conforme e necessaria alle mire della legge medesima? Qui è impossibile addurre alcun motivo nè di ragione naturale, nè di ragione positiva; ma anzi l'una e l'altra costringendoci ad una parità perfetta, costringono necessariamente ogni Giudice e uomo ragionevole ad ammettere nel caso figurato la prova sussidiaria di cui parliamo.

§ 967. La conseguenza necessaria del fin quì detto si è, che la nullità pronunciata dalla legge nel caso mio, in cui si tratta del semplice difetto di menzione d'una formalità estrinseca e fuggitiva, non è *definitiva*, ma semplicemente *presuntiva;* essa diviene *definitiva* allora soltanto che i miei tentativi riescano inefficaci ad ottenere la prova trionfante, di cui ho parlato quì sopra: ma per ciò stesso che non è *definitiva* per ministero solo della legge, essa è *rivocabile* mediante i mezzi trionfanti di prova che io adduco, e che voi non potete ricusare. Io non sono tanto audace da disputare su la necessità delle solennità stesse fuggitive, della loro menzione nell'Atto testamentario, e della nullità presuntiva pronunciata dalla legge. Confesso che se realmente mancasse qualcheduna di dette solennità, l'Atto sarebbe realmente nullo; con-

fesso del pari, che si debba riguardare per ministero della legge come nullo anche per difetto di menzione, e che questa nullità debba restar ferma sino alla perfetta riuscita degli esperimenti ch'io propongo. Ma impugno la vostra pretesa, con la quale tendete a soffocare per sempre il lume delle mie prove, e la voce trionfante della verità che ne può sorgere, in onta della volontà della legge premurosa di riscontrare questa verità, e di obedire fedelmente a' suoi oracoli.

§ 968. Invano mi objettereste la disposizione dell'art. 1001., la quale abbracciando l'inosservanza tanto delle solennità intrinseche ed estrinseche, quanto delle permanenti e delle fuggitive prescritte dal Codice nei testamenti, colpisce l'Atto con una stessa reale ed irrevocabile nullità, com'è evidente; e però fra le dette solennità annoverandosi anche l'obligo della menzione, la mancanza di questa deve partorire l'effetto: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

1.° Dove la legge non distingue, io rispondo, nè meno dobbiam noi distinguere, quando un'evidente ragione naturale e positiva non ci sforza a fare alcuna distinzione. Ma allorquando i principj luminosi di ragione, avvalorati anche da altra disposizione positiva di legge, ci sforzano ad introdurre una distinzione, ragion vuole e la Giurisprudenza esige di far valere cotale distinzione; e prova ne sia la interpretazione *limitativa* ammessa in tutti i secoli, e le regole d'interpretazione delle leggi, la prima delle quali si è di scegliere quel senso ch'è esente da vizio, e di non dare alle leggi altra estensione, che quella che viene comportata da tutto il complesso delle altre di lei disposizioni, e che anzi coincide con le mire generali della proposta materia. Dimostratemi, di grazia, che l'*effetto* che volete dare al detto articolo sia esente da ogni vizio, che sia coerente alle mire principali avute dal Legislatore *in subjecta materia*, e mi darò per vinto. Ma se, al contrario, io vi dimostro che tali mire non si possono ottenere che co 'l mezzo e con le massime da me proposte, voi sarete costretto ad ammettere la distinzione ch' io propongo non su 'l senso o su l'effetto immediato del medesimo, ma su la conseguenza che voi ne deducete.

2.° Io convengo di buon grado che nella disposizione diretta e propria di quell'articolo 1001. non si possa ammettere alcuna distinzione, perchè io ammetto senza difficoltà che l'Atto sia nullo per ministero di legge tanto per l'omissione reale delle solennità fuggitive, quanto per l'omissione della menzione del loro adempimento; e con ciò io servo alla regola, che *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* Il punto ch'io controverto non è se l'Atto mancante di menzione sia

estrinsecamente nullo, ma bensì se lo sia soltanto presuntivamente. Questo punto cade su la *natura* e su l' effetto delle nullità pronunciate, mentre voi volete che sia sempre irrevocabile *ipso jure;* ed io lo nego. E però versando noi sopra un oggetto, su 'l quale la legge si tace, io sostengo che debbasi ammettere la distinzione fra l' omissione reale di dette solennità e la semplice omissione della menzione del loro adempimento: di modo che nel primo caso la nullità pronunciata dalla legge sia irrevocabile, ed abbia un effetto perentorio; ma nel secondo caso sia rivocabile e debba essere rivocata, allorchè soltanto la felice riuscita di una prova indubitata e prevalente convinca che l'esecuzione della formalità puramente fuggitiva ebbe veramente luogo. In un punto nel quale voi ragionate per *induzione*, dev' essere permesso a me di ragionare nello stesso modo; nè posso essere accusato di controvertere il senso della legge, e il di lei effetto proprio ed immediato.

3.° Per quanti sforzi voi faciate onde estendere il senso della legge, e darle l'effetto di nullità perentoria, sarà eternamente vero che la nullità per difetto di menzione cadrà essenzialmente su la *credibilità* del documento, e non mai su la realità dell'Atto; ed altro non potrà significare, se non che lo scritto al quale manca questa menzione non è degno di fede al cospetto della legge, e come mancante di fede esso è pur mancante di diritto. Per quanta sia l' onnipotenza della legge nel proscrivere come indegno di fede il documento mancante della menzione, non potrà mai togliere la distinzione che passa fra la omissione della forma puramente testificativa della formalità e l'omissione di una forma reale assicurativa dell'Atto, perchè non potrà mai fare che un fatto reale accaduto in natura, e del quale non si vede menzione, non sia veramente accaduto, e che per conseguenza l'azione della legge non vada a colpire la realità delle cose, ma solamente offenda il mezzo di prova estrinseco. È dunque dimostrato per un principio evidente, essere metafisicamente impossibile che l'effetto immediato della legge, in caso di omissione della semplice menzione, possa essere identico all'effetto della reale omissione della formalità prescritta; e però è impossibile d'evitare la distinzione da me proposta, avuto semplicemente riguardo allo stato reale delle cose.

§ 969. Ma voi mi dite che ciò non ostante il Legislatore poteva produrre nell'uno e nell'altro caso lo stesso effetto di reale nullità, attribuendo all'Atto privo della menzione lo stesso effetto perentorio dell'Atto realmente privo della prescritta formalità. Io accordo che in tale questione di mera volontà del Legislatore ciò sia possibile in astratto,

com'è possibile che taluno commetta un'azione ingiusta e incoerente. Dimostratemi che, salva la verità e la giustizia, e salva la coerenza dei principj proclamati dal Legislatore, ciò sia possibile; ed io accorderò a voi che l'effetto della legge nell'uno e nell'altro caso sia identico. Che cosa finalmente mi objettate? Una locuzione generale, la quale non esclude espressamente il mio assunto, a fronte della quale io adduco i fondamenti più irrefragabili onde introdurre la mia distinzione. Sarà sempre vero che dalla sola disposizione espressa della legge non ne viene necessariamente la conseguenza che voi pretendete; perchè in niun conto il Legislatore disse che le nullità da lui pronunciate per la semplice omissione di menzione siano definitive e perentorie, o non più tosto semplicemente presuntive: ma, lasciando la cosa all'impero di evidenti principj di ragione, si è limitato ad una semplice locuzione generale, che ragionevolmente, anzi necessariamente, ammette questa distinzione, appoggiata eziandío alle altre sue disposizioni, che manifestano questo carattere puramente presuntivo, tanto per il caso in cui tutte le formalitàappariscano essere state adempiute, quanto per il caso in cui non siasi detto essere stata adempiuta qualche formalità fuggitiva.

Di fatto non è forse vero che quando il documento esprime l'adempimento di tutte le formalità, si può in forza della legge mostrare altrimenti che ciò non è vero? Quì contro la menzione espressa affermativa, inducente a primo aspetto la validità, non è vero che la legge dà diritto a provare il contrario, e che per conseguenza la menzione inducente la validità può essere smentita da poi con la prova inducente la nullità; e per conseguenza che la forza della menzione favorevole all'Atto essendo resa puramente presuntiva, non è giammai definitiva, e cede sempre alla forza di prove più convincenti contrarie? Per la stessa ragione adunque, contro il difetto della menzione di una semplice formalità fuggitiva, si può ammettere la prova dell'adempimento della formalità sottaciuta; e per conseguenza la nullità emergente da questo difetto, resa egualmente presuntiva, può essere tolta da poi con gli stessi mezzi: e come nel primo caso la validità presuntiva si converte in nullità positiva, così nel secondo la nullità presuntiva si converte in validità positiva. Nell'uno e nell'altro caso poi esse non cangiano carattere allorchè riesce inutile lo sperimento posteriore, e da semplicemente presuntive ch'esse erano, divengono, mediante questo posteriore sperimento, irrevocabili e definitive. Le cose ridotte a questa parità presentano tutta la ragionevolezza e la giustizia nel sistema della legge.

§ 970. Voi mi direte che con questa operazione io esco dall'Atto per ricavarne la prova della validità o della nullità. Ora non è egli certo, o almeno riconosciuto concordemente dai Tribunali, che per pronunciare tanto la validità, quanto la nullità di un testamento, non è lecito uscire dall'Atto medesimo, e supplire altrimenti con prove estrinseche o con probabili induzioni?

A ciò rispondo, che questo argomento è per me inutile, ed anzi sotto un aspetto prova in favore della mia tesi. Vi ho detto ch'è inutile, perchè io concedo che per pronunciare la validità o la nullità presuntiva (quale può risultare a prima vista al Giudice paragonando la prima ipotesi della legge co 'l documento) non si deve nè si può uscire dal documento stesso. Se dunque la parte domandi semplicemente d'essere ammessa alla prova suppletoria, il Giudice deve pronunciare la validità o la nullità presuntiva, dietro i soli risultati di fatto che presenta il documento, quando su 'l punto di tale validità o nullità versa la questione.

Ma ciò non offende il mio assunto, nel quale io sostengo che dopo che la validità o nullità presuntiva è stata riconosciuta o senza contestazione o per formale sentenza, si possa con ulteriore giudizio rilevare, nel solo caso che manchi la menzione d'una formalità fuggitiva, la verità se sia stata adempiuta. Io pretendo che ciò debba aver luogo, sia nel solo caso che s'impugni la precedente riconosciuta validità presuntiva del testamento, sia che s'impugni la riconosciuta presuntiva nullità per questo titolo. Egli è vero che nel primo caso abbiamo il rimedio espressamente stabilito dalla legge, che altrove lo accorda, e si tace su l'altro; ma è vero altresì che la *identità* di ragione essendo evidente, e strettamente connessa per ragione correlativa, non era necessario che la legge espressamente ne parlasse (benchè ciò fosse estremamente utile); e per conseguenza cadendo questo caso sotto l'impero dell'autorità giudiziaria, di cui in fronte del Codice furono ampliati i diritti, questo rimedio deve aver luogo come conseguenza inevitabile delle disposizioni del Legislatore.

§ 971. Ho detto in secondo luogo che questo argomento giova anzi per me: perchè se, posto l'obligo del Giudice di non uscire dal documento per pronunciare la validità dell'Atto, ciò non ostante in separata sede di giudizio si dà luogo a tutti i mezzi onde rilevarne la nullità per titolo delle false menzioni del documento medesimo; per eguale ragione posto l'obligo di non uscire dal documento per pronunciare la nullità dell'Atto per difetto di menzione, e quindi per una semplice presunzione dell'omissione reale di una formalità fuggitiva, si deve dar

luogo di provare in un separato giudizio il reale adempimento seguíto e non mentovato nel rógito testamentario. Pertanto l'argomento dedotto dal divieto di uscire dal documento per affermare o negare la di lui validità o invalidità è del tutto inconcludente per escludere il mio assunto, stantechè questo argomento è essenzialmente equívoco, perchè abbraccia appunto il caso, nel quale in separato giudizio sono ammissibili altre prove distruttive della presunzione di validità. Volendo poi argomentare da questa circostanza, lice anzi trarne l'illazione, che siccome la ragione proposta non esclude questo ulteriore giudizio contro l'espressione dell'Atto, così non si debba escludere in favore del medesimo.

§ 972. Voi mi direte finalmente, che tutto il mio discorso fatto fin quì tende principalmente a provare che la nullità conseguente al difetto di menzione dell'adempimento delle solennità fuggitive non è che puramente presuntiva, mentre nasce da un dato il quale essenzialmente non può essere che una pura presunzione legale. Io veggo che, supponendosi tale presunzione, si dispensa da qualunque prova colui, a favore del quale essa ha luogo, come dice l'articolo 1352. del Codice Napoleone; ma proseguendo la lettura di quell'articolo, io deduco che voi non avreste guadagnato la causa, poich'esso espressamente dispone: « non potersi ammettere veruna prova contro la presunzione della legge, » quando su 'l fondamento di questa presunzione essa annulla certi Atti, » o nega l'azione in giudizio. » Sia pur dunque quanto volete la nullità di cui parliamo puramente presuntiva, essa sarà sempre presunzione legale; su 'l fondamento della medesima la legge annulla il testamento: non potrà dunque essere ammessa veruna prova contro la medesima, e per conseguenza essa sarà irrevocabilmente definitiva.

A questa objezione io rispondo: che il citato articolo non è applicabile alle materie testamentarie, ma ad altri Atti; per la stessa ragione che l'artic. 1341., escludente la prova testimoniale in certi casi, e quando non siavi un principio di prova scritta, non è applicabile ai testamenti. Con ciò il vostro argomento non ferirebbe la mia tesi [1].

§ 973. Ma indipendentemente da ciò, consultando l'intiera disposizione dell'art. 1352., e proseguendone la lettura, io vi trovo un argomento per me, nel caso che la regola ivi stabilita fosse applicabile ai testamenti. Imperocchè il citato articolo prosegue: « eccetto che la leg- » ge non abbia riservato la prova in contrario, e salvo ciò ch'è prescritto

---

(1) Vedi la Nota n.° V.

» riguardo al giuramento ed alla confessione giudiziale. » Da queste parole dell' articolo risulta, che la di lei disposizione su l' inammissibilità della prova contro la presunzione legale viene limitata in tre casi; cioè: 1.° quando la legge non abbia riservata la prova in contrario; 2.° nel caso del giuramento; 3.° nel caso della confessione giudiziale.

Volendo applicare ai testamenti il detto articolo, ne segue che si potrebbe ammettere la prova suppletoria della menzione di una formalità estrinseca e fuggitiva, onde togliere la contraria presunzione legale nei detti casi. Il giuramento e la confessione potrebbero sempre aver luogo. Verificandosi poi la riserva della prova contraria fatta dalla legge, senz' angustiarsi agli ultimi due mezzi di prova, si potrebbero ammettere quelli che fanno indubitata fede di un fatto avvenuto. Ora limitando noi la nostra attenzione a questo punto, osserviamo che questa prova in contrario è stata almeno tacitamente riservata dalla legge in forza di ragione naturale e positiva, dedotta da tutti i rapporti del sistema proclamato dal Legislatore. Dunque volendo applicare alle materie testamentarie il detto art. 1352., lungi dal distruggere il nostro assunto, esso lo conferma più concludentemente. Si noti bene la locuzione del detto articolo: ivi non si dice « eccetto che la legge non abbia *espressamente* riservata la prova in contrario; » ma semplicemente *non abbia riservata:* lo che abbraccia tanto le espresse, quanto le tacite riserve, ch' evidentemente emergono dalla ragione legislativa; o, per dirlo altrimenti, non si esclude la tacita riserva, ch' è appunto quella di cui parliamo.

§ 974. Concludo pertanto: doversi bensì ammettere che un testamento, in cui manchi la menzione dell' adempimento di una formalità estrinseca e fuggitiva, debba a prima vista presumersi nullo per ministero della legge, e che per pronunciare questa nullità non debbasi uscire dall'Atto; di più, che questa nullità debba restar ferma sino a che con mezzi privilegiati e speciali non si riesca a supplire alla menzione mancante: ma che, per lo contrario, sia permesso di ammettere i mezzi privilegiati di prova, che ammettonsi nell' inscrizione di falso, e che risultandone una piena fede dell' adempimento della sottaciuta formalità estrinseca e fuggitiva, debbasi rivocare la nullità presuntiva da prima pronunciata, allorchè fosse stata contestata; ed a simiglianza della ritrattazione della sentenza, con cui si revoca il giudizio di validità, ritrattare la precedente sentenza di nullità presuntiva (1).

(1) Vedi la Nota n.° VI.

§ 975. Tutto questo discorso, figurato a modo di esempio in bocca di un difensore del testamento, a cui manca la menzione dell'osservanza di alcune formalità estrinseche e fuggitive, e più specialmente nel caso della celebre Causa Duchatênet, viene sottoposto ai lumi ed all'equità dei giureconsulti, onde pronunciare su la di lui concludenza.

Conclusione generale.

§ 976. Nell'argomento delle nullità si debbono considerare due stati diversi di cose; cioè quello che riguarda la costituzione delle nullità medesime, e quello che riguarda l'uso posteriore che se ne può fare. Nel primo stato esse si distinguono in *nullità radicali* ed in *nullità accidentali.* Le prime colpiscono l'essenza stessa dell'Atto, e derivano dal difetto di qualche requisito essenziale e costitutivo del medesimo; le seconde derivano dal difetto di una forma accidentale ossia estrinseca aggiunta all'Atto. Queste sono di due classi: la prima *assicurativa* dell'Atto; la seconda *testificativa* di ciò che si è fatto tanto per creare l'Atto, quanto per assicurarlo.

§ 977. Per indurre le nullità radicali non v'ha bisogno di alcuna disposizione espressa del Legislatore, bastando ch'egli abbia prescritto i caratteri essenzialmente costitutivi dell'Atto medesimo; ed in ciò la legge, sia che si esprima sotto forma imperativa, sia che si esprima sotto forma proibitiva, ne segue sempre lo stesso effetto, cioè la nullità radicale dell'Atto.

§ 978. Per indurre poi la nullità accidentale non solamente è necessario che il Legislatore stabilisca la forma estrinseca ed accidentale, ma è necessario inoltre che annetta la pena di nullità per la violazione o la omissione della forma medesima. Nè in ciò v'ha differenza fra le leggi proibitive e imperative, perchè la connessione dell'Atto accessorio al principale e la reazione della pena di nullità dev'essere espressamente stabilita. Solamente nel caso ch'egli avesse vietata isolatamente la data forma particolare, tale divieto opererebbe l'inefficacia della forma stessa presa isolatamente, nè mai trascinerebbe la nullità dell'Atto principale.

§ 979. Distinguendo poi le due classi subalterne delle nullità *assicurative* e *testificative*, nel solo caso che il Legislatore le avesse rese condizioni necessarie dell'Atto, ed avesse colpita la loro violazione con la pena di nullità, havvi questa differenza: che nel caso della violazione delle forme assicurative la pena di nullità colpisce l'Atto reale; e nel caso della violazione della forma testificativa, ossia dell'omissione della

menzione, colpisce soltanto la prova, lasciando intatta la verità reale delle cose. Può certamente per volontà del Legislatore rendersi inefficace anche l'Atto principale; ma sarà sempre vero che la funzione propria della nullità per ragione della menzione colpisce soltanto la credibilità estrinseca dell'Atto, e mai lo stato reale e la forza del medesimo.

§ 980. Passando poi al secondo stato, riguardante l'uso delle nullità già stabilite, e ponendo mente alla facoltà di usare o non usare delle medesime, e dei conseguenti effetti di diritto, tutte le nullità si distinguono in *assolute* e *relative;* talchè da questa distinzione in atto pratico si determina la facoltà di usare delle medesime, sia per il privato interessato, sia per altre persone; e si determinano per conseguenza i rimedj che vi si possono contraporre, e i conseguenti effetti di ragione.

§ 981. Nell'uno e nell'altro stato però, cioè tanto per costituire quanto per usare delle nullità, il Giudice non ha facoltà veruna nè per introdurle, nè per estenderle da caso a caso, nè per accordare, togliere o limitare la facoltà di usarne; ma tutto essendo di stretto rigore per lui, tutto dev'essere regolato con una chiara, espressa e particolare disposizione della legge.

§ 982. Ecco il complesso delle nozioni che noi abbiamo creduto conveniente di premettere alle concordanze che ci siamo proposte. Ma siccome la materia delle nullità è fondamentale a tutti i possibili Giudicati tanto di Diritto quanto di Procedura, e su di essa non trovansi che dottrine imperfette e staccate, e giammai un complesso di principj generali di ragione naturale e positiva, che servano di guida nel consultare e giudicare; così io sarò scusato se mi sono tratenuto fin quì ad esporre i risultati generali di questa materia.

SUPPLEMENTO

Per non ritardare nè interrompere il corso dei ragionamenti con intermedie digressioni, sono stato costretto di lasciare senza spiegazione, dimostrazione o conferma molte cose che pur ne abbisognavano. Supplisco ora con le seguenti

NOTE.

Nota I.

Della nullità radicale in linea di naturale Diritto, e quindi di morale interna, risultante da un consenso estorto.

N.B. Nella nota che qui poneva l'Autore sotto questo titolo è ripetuto quasi per intiero il § 336. della *Introduzione al Diritto publico* (Vol. III.), nel quale prese a sostenere la dottrina, che il timore ingiustamente incusso per estorcere il consenso rende invalido il contratto, e non obliga il giuramento nello stesso modo estorto per raffermare la promessa; combattendo l'opinione contraria, difesa da varj moralisti.

Conviene sinceramente confessare che l'Autore nel suddetto paragrafo usò forme di dire sconvenienti al carattere rispettabile di chi propugna la sentenza contraria alla sua: tanto più che da una parte e dall'altra si adducono delle buone ragioni.

È però da notarsi a giusta lode del Romagnosi, che avendo parlato di nuovo su questo punto nelle *Instituzioni di civile filosofia,* Parte II. Lib. II. Cap. IV. n.° IV., nell'atto che richiama gli argomenti esposti nel citato § 336. della *Introduzione* ec., e conforta la sua opinione con l'autorità di Hook; si esprime con modi misurati, quali si addicono ad urbana discussione. (Quanto alle ragioni che stanno contro la sentenza di Romagnosi dirò alcun che al luogo citato delle *Instituzioni.*)

Mi sembrò pertanto conveniente ed onorevole per l'Autore l'accennare qui un cambiamento da saggio ch'egli ci presenta, in luogo di lasciar sussistere una ripetizione affatto inutile del § 336. della *Introduz. al Diritto publico.* (DG)

Nota II.

Su la certezza morale equivalente a mera presunzione negli affari giudiziarj.

A fine di formarsi un' idéa su questo argomento giova riflettere quanto segue.

1.° La *certezza* in generale è quello stato di adesione o di assenso che l'anima prova nell'affermare o negare una cosa, in quanto esclude il timore o il dubio del contrario; o, per dirlo in altri termini, è = l'affermazione o la negazione di una cosa escludente il dubio del contrario. =

2.° La *probabilità* è l'affermazione o negazione dell'esistenza di una cosa, in quanto non esclude il dubio del contrario.

Siccome il *dubio* può essere maggiore o minore, così in senso inverso la *probabilità* può essere maggiore o minore.

In astratto quindi si figurano dei gradi: ma siccome il più ed il meno di un senso confuso è per sè irreducibile a quantità precisa, perchè è cosa incommensurabile; così questi gradi non si possono che vagamente limitare, e non sono riducibili a centesimi più tosto che a millesimi; ma solamente ad un più o ad un meno vago ed incommensurabile, come le divisioni finite nelle quantità irrazionali matematiche.

In generale per altro si può dire che questi gradi sono determinati dalla maggiore o minore quantità degli argomenti, ossia meglio dalla maggiore o minor forza morale (ossia di credibilità) degli argomenti che inducono l'affermazione o la negazione.

3.° Il *dubio perfetto*, che dicesi anche *assoluta incertezza*, si può paragonare allo zero. Quando da una parte prevale il sentimento verso l'affermativa o la negativa, comincia a nascere la probabilità per il *sì* o per il *no*, la quale fino ad un dato punto non è che *sospetto*, e indi diviene *presunzione*, che giunge alla *convinzione*, senza divenire però mai *certezza*.

La *certezza*, come ognun sente, non può aver gradi: essa è uno stato unico e indivisibile dell'anima umana. Al momento che fosse suscettibile di più o di meno, ammetterebbe il *dubio*, e però cesserebbe d'essere *certezza;* allora diverrebbe *probabilità*, che va a finire in zero. È dunque un assurdo massimo il voler dividere la *certezza* come una focaccia, e il sottoporla ad una espressione razionale. Si potrà bensì ammettere la *probabilità* indefinitamente, ma non si giungerà mai a ragguagliare la *certezza;* come da un dato punto di una linea parallela superiore tirando millioni di linee ad una parallela inferiore, si andrà sempre diminuendo l'angolo primo, e si accosterà alla parallela, ma non si raggiungerà mai. Dunque indefinita è la distanza fra la *probabilità* e la *certezza.*

Dunque ogni teoría, in cui si suppone il contrario, è evidentemente erronea; e quindi erronee sono le conseguenze, e false le regole che da essa si volessero dedurre.

Poste queste premesse, ne segue che i mezzi di prova che servono ad indurre tanto la *certezza,* quanto la *probabilità*, hanno tutti una certa forza per-

suasiva, assumendoli o separati o riuniti: ma fra di essi passa una grande differenza, per la differenza dell' effetto che producono su lo spirito. Avvegnachè quando producono la perfetta adesione dell' anima, ossia la *certezza*, assumono lo stretto nome di *dimostrazione;* per lo contrario quando non producono che la *probabilità*, cioè a dire un giudizio affermativo o negativo misto di *dubio*, acquistano il nome di *presunzione*, la quale lascia sempre luogo alla perfetta dimostrazione per il *sì* o per il *no* mediante quei mezzi co' i quali si può escludere il *dubio*.

Forse si ricercherà da che derivi la *forza dimostrativa* degli argomenti che producono nell' anima lo stato della *certezza* e della *presunzione*. Facile è la risposta. Essa deriva dalla connessione del *fatto noto* co 'l *fatto ignoto*, in modo che escluda la esistenza di altri fatti diversi: in una parola, essa deriva dalla connessione di *causa* e di *effetto*, o almeno di contemporanea o successiva ordinaria apparenza, in maniera che nella *certezza* si vegga che niun altro effetto può derivare, se non quello che viene contemplato; e nella *probabilità* si vegga essere conforme all' ordine conosciuto delle cose, che più spesso ne nasca l' effetto contemplato, che qualunque altro che ne può in astratto avvenire. In questa connessione più o meno esclusiva sta propriamente la *concludenza* o *inconcludenza della prova;* e così la *prova* è perfettamente concludente quando tra il mezzo di prova ed il fatto contemplato passa una tale connessione, che ne venga escluso qualunque altro fatto non contemplato. La *prova* poi è più o meno concludente a proporzione del maggior numero di effetti diversi che si escludono, e quindi a proporzione che ci accostiamo alla connessione necessaria ed esclusiva.

Da ciò è manifesto che, mediante ogni specie di connotati più o meno esclusivi della esistenza di effetti diversi, altro non si produce se non che un senso di *probabilità*, e quindi altro non s' induce, dentro certi límiti, che *presunzione;* e siccome varj sono i gradi di *probabilità*, varj sono pur quelli delle *presunzioni*. Si scorge quindi che una *presunzione* ne può vincere un' altra, e dar luogo alla predominante, come appunto accade fra le prove civili e criminali. Ma tutto finalmente è *presunzione*, perchè non si giunge mai ad escludere il *dubio* dell' esistenza dei fatti diversi o contrarj: quindi l' argomento non si riduce mai ad una perfetta dimostrazione.

Ho indicato certi límiti, parlando della *presunzione*. A ciò fui condotto dal riflettere, che nell' applicazione che si suol fare della parola *presunzione* non si suole indicare qualunque grado d' impressione su la nostra coscienza propria del *sospetto*, ma bensì si límita il concetto ad un tale grado di *probabilità* da captivare un giudizio più fondato: quindi si distingue la *presunzione* dal semplice *sospetto*. Sembra che il *sospetto* per un lato appartenga alla *incertezza;* e per l' altro estremo, pe 'l quale egli si accosta alla *credibilità*, appartenga alla *presunzione*.

Quindi si potrebbe dividere in tre grandi stadj tutto il campo dell' affermazione e negazione della esistenza delle cose; cioè *sospetto, presunzione, certezza*. Tutto ciò riguarda l' íntimo convincimento dell' uomo; il *soggetto esterno* poi,

a cui questi stati della mente si riferiscono, si è l'*esistenza* di un fatto passato o presente di una cosa qualunque. Quanto al futuro, ha luogo la più o meno certa *predizione*, dedotta pure dalla connessione più o meno certa delle cose, che costituisce la più o meno certa *previdenza*, che viene espressa dalla *predizione*.

Considerando poi i mezzi co'i quali s'induce il *sospetto* o la *presunzione*, siccome essi realmente non sono che fatti, in quanto possono avere una connessione più o meno stretta con altri, e mediante questa connessione farci giudicare della esistenza di quelli; così generalmente assumono il nome d'*indizio*, in quanto appunto *índicano* per tale connessione la cosa non apparente direttamente alla nostra cognizione. L'*indizio* non si può confondere con la *presunzione* o co'l *sospetto*, come non si può confondere la *cagione* con l'*effetto*. Esso è suscettibile di gradi diversi, produttivi appunto dei gradi diversi di *presunzione* e di *sospetto*. Ad una forte *presunzione* corrisponde un *indizio* urgente o più *indizj* riuniti, che inducono la *presunzione* urgente; ad una minore *presunzione* corrisponde un *indizio* meno urgente o una somma d'*indizj*, che inducono una minor forza persuasiva. Al lieve *indizio* finalmente corrisponde il *sospetto*.

La *presunzione* risultante da uno o più dati che stanno per sè, e che rendono una cosa probabile, può essere confermata da un'altra circostanza di fatto indipendente dai dati che la rendevano di già probabile. Allora la mente, considerando quest'aggiunta, attribuisce il nome di *amminicolo* all'indizio o fatto aggiunto. La distinzione per altro è puramente estrinseca, e deriva solamente dal modo di argomentare.

L'idéa di *segno* riveste un doppio aspetto. Il primo è quello in cui dinota necessariamente una cosa: allora fa giudicare anche con certezza della cosa medesima. Così il fumo índica la certa esistenza del fuoco. Il secondo aspetto è quello in cui viene considerato come connesso ad un altro fatto in qualità di circostanza precedente, concomitante o conseguente. Se manchi l'unica e certa connessione co'l fatto principale, e solamente esista una connessione più o meno probabile, egli diventa propriamente un *semplice indizio*. Il *segno* per sè cade sotto i sensi; la connessione sua necessaria ed unica co'l dato fatto induce la *certezza*, ed allora il *segno* tien luogo di *piena prova*.

La connessione poi con l'eventuale altro fatto principale induce il *sospetto* e la *presunzione*; ed allora il *segno* tien luogo d'*indizio* più o meno concludente, a proporzione ch'egli si trova naturalmente connesso ad un numero minore o maggiore di altri fatti. Segue finalmente la *congettura*, la quale si occupa tanto del passato, quanto del futuro; tanto delle cose palesi, quanto delle occulte. Essa ha in mira tanto la esistenza, quanto le qualità delle cose; tanto d'indovinare gli eventi, quanto di squittiniare il senso non palese dell'altrui volontà. I *giudizj* che derivano da questa operazione (che devesi più tosto considerare come un processo inquisizionale della mente, che come sentenza) assumono il nome della funzione che li preparò; ed allora non sono realmente diversi dal *sospetto*, dalla *presunzione* e dalla *convinzione*. L'effetto proprio della *congettura*, prima della conclusione generale, non può essere che *sospetto* o *presunzione*.

Tutte queste annotazioni erano necessarie per prevenire ogni confusione e scambio d' idée nell'usare delle precedenti denominazioni, su le quali già scrisse il Menochio, le cui idée furono riportate nel Repertorio del sig. Merlin (vedi *Prescription*, § 1).

Negli affari pratici si debbono necessariamente considerare le cose in un senso concreto, individuale, complesso e continuo, perchè tale è il vero stato loro. Il concetto generale, astratto ed isolato è cosa del tutto artificiale: è una specie di manifattura della mente umana, fatta per ajutare le di lei forze limitate. I buoni metodi logici servono alla mente, come le strade, i cocchj e le navi servono alle nostre gambe. Un viaggio è più lungo a proporzione che le gambe sono più corte. Il viaggio che avrebbe costato al macromega di Voltaire tre soli passi e pochi minuti di tempo, ad un abitante della terra costa un' intiera giornata. Le scienze sono tanto voluminose, perchè noi siamo tanto limitati. Dal riflettere che gli affari pratici si debbono necessariamente considerare in uno stato concreto e connesso ne viene che ogni specie di *certezza* forma oggetto della Giurisprudenza, perchè ogni specie di *verità* può formare oggetto delle sue considerazioni.

Due sole specie di *verità* possono esistere rapporto ad ogn' individuo, avuto riguardo ai modi co' i quali si acquista. La prima dicesi *di osservazione;* e questa si riferisce all' esistenza dei fatti che accadono in lui e fuori di lui, nella quale entra anche la relazione di *causa* e di *effetto*. La seconda dicesi *di riflessione;* e si riferisce alle qualità ed alle relazioni che questi fatti, quali si presentano allo spirito, hanno fra loro, sia che paragoniate un fatto con un altro, sia che paragoniate una parte con un' altra dello stesso fatto.

Le cognizioni dei fatti non sempre si acquistano da ognuno per osservazione propria, ma il maggior numero di esse ci pervengono per osservazione altrui; nel che si comprendono quelle delle generazioni passate: lo che forma una parte importante della eredità dei nostri maggiori, che conservata ed aumentata di generazione in generazione (1), estende ogni dì più le conquiste della mente umana, aumenta di secolo in secolo la potenza degl' individui e degli Stati, e fa

---

(1) Quando voi insegnate al fanciullo a conoscere l'alfabeto, non considerate che effettivamente a lui regalate il frutto di centinaja di secoli (a), e risparmiate a lui ed alla sua generazione tutti gl' incomodi che derivarono dalla mancanza della scrittura. Parimente quando ponete sotto all' occhio di lui una Carta geografica, voi gli regalate il frutto di centinaja di viaggi e di milliaja di osservazioni e di fatiche fatte da altri; e con ciò gli somministrate il mezzo onde risparmiare mille pene e mille errori che dalla ignoranza dei luoghi lontani a lui deriverebbero. Così con questi mezzi compendiosi voi accorciate il viaggio di milliaja di secoli (b) alla generazione attuale, e per un salto prodigioso sorpassate tutte le gradazioni lente e penose a cui dovettero andare soggetti i vostri maggiori. I progressi dell' individuo sono inseparabili da quelli della società, e questi sono inseparabili da quelli delle generazioni antecedenti. Quindi la storia filosofica dei progressi dell' umano intendimento incomincia con l' infanzia del mondo, cammina co' i secoli, e va a perdersi nel seno dell' eternità. Lice per altro osservare quanto imperfetta sia ancora la nostra filosofía, la quale non avendo peranco sorpassato i primi e astratti

servire le cose al bene comune. L'uomo, come disse il gran Bacone, tanto può quanto sa, e la natura non si vince e non si fa servire che secondandola; ma per secondarla conviene ben conoscerla, e quindi non si fa servire che ben conoscendola. Posto che v'hanno due fonti onde acquistare la cognizione dei fatti, cioè l'osservazione propria e le osservazioni altrui; e non venendoci trasmessa questa cognizione che mediante la narrazione fedele dei medesimi, noi rileviamo che la cognizione dei fatti si distingue in *esperimentale* e *tradizionale*. Dalla prima sorge la *evidenza di fatto*, che crea la *certezza assoluta*; dalla seconda sorge la *certezza morale*, fondata su i principj della *credibilità*, i quali risolvendosi finalmente in una legge certa della natura umana, trovano in astratto un primo fondamento di *certezza assoluta*. Ma considerandoli in senso pratico e concreto, siccome non escludono mai la *possibilità*, almeno metafisica, di un inganno per parte altrui; così non producono giammai la *certezza assoluta*, ma solamente un sommo grado di *probabilità*, che regola per altro definitivamente tutti gli affari umani. La *certezza morale* pertanto può definirsi = quel sommo grado di *probabilità* dell'esistenza di una cosa, risultante dalla fede prestata all'altrui asserzione, fondata su le leggi costanti della natura morale dell'uomo così, che il dubio del contrario si riduca ad una mera possibilità metafisica, destituita d'ogni dato di fatto positivo. = Tal è, ad esempio, per colui che non vide Roma o Parigi la *certezza* dell'esistenza di queste due città.

Tutte le cure del Legislatore essendo precipuamente rivolte ad ottenere questa specie di *certezza*, egli è obligato a conoscere: 1.° le fonti di questa *certezza*, ossia i fondamenti della fedele narrazione, tanto rispetto allo stato delle cose, quanto rispetto ai motivi di chi la espone, onde ottenere l'esposizione di tutto lo stato della cosa con veracità; 2.° egli è tenuto inoltre, in vista delle condizioni scoperte, ossia dei requisiti proprj dei motivi di *credibilità*, a proporre tutti i mezzi proprj a produrre la fede, e quindi a prevenire l'imperfezione o la menzogna.

Ma siccome da una parte il Legislatore non crea i fatti e non ne regola direttamente gli eventi, ma solamente può comandare agli uomini di usare certe precauzioni onde ottenere le desiderate probabilità; e dall'altra parte le fonti ed il valore di tali probabilità sono di loro natura oltre ogni potere umano, perchè unicamente derivano dai rapporti reali e necessarj della natura: così, per quanto si voglia concepire grande e possente l'impero della legge, le di lei *presunzioni* saranno sempre soggette alla forza della natura, e cederanno sempre a quella che dicesi *verità*, ossia all'*evidenza di fatto*. L'opinione della somma sapienza di chi dettò la legge potrà bensì far presumere ch'egli non abbia scelto quali argomenti di *presunzione* o grave o leggiera se non quelli che come tali

---

rudimenti dell'individuo umano, considerato isolatamente, non ha peranco spinto lo sguardo dove pur potrebbe giungere, connettendo i fatti ipotetici della filosofia con la storia verace delle popolazioni della terra.

(*a*) (*b*) Queste espressioni sono troppo stranamente iperboliche. Bisogna sostituire alla parola *secoli* l'altra di *anni*... Il mondo non è poi sì vecchio! (DG)

appariscono in natura; ma questa opinione non potrà mai distruggere la regola: che la *presunzione* dovendo cedere alla *verità*, la *presunzione* pur della legge debba cedere all'*evidenza di fatto*.

Sopra fu osservato che negli affari umani entra ogni specie di effetto o fisico o morale; e per conseguenza ogni specie di *verità*, di *certezza* o di *probabilità* entra come elemento di *cognizione* o di *precetto*. Noi abbiamo parlato della *certezza morale* fondata su le leggi costanti della costituzione morale dell'uomo. Per eguale ragione si deve considerare ogni altra specie di *certezza* e di *probabilità* risultante da tutte le altre leggi dell'ordine universale della natura. Sotto questo rapporto si deve far uso della *certezza fisica*, distinta dalla *certezza morale*. La *certezza fisica* si riferisce all'esistenza dei fatti naturali, che altrimenti appellansi *fenomeni*. Dall'ignoranza delle cagioni fondamentali, e dell'azione dei congegni secreti che fanno movere la gran machina dell'universo, e dal considerare quindi che la spiegazione dei fenomeni consiste unicamente nell'indicare la connessione fra un effetto incognito e particolare, ed un altro effetto più cognito e generale, noi troviamo che tutte le umane generazioni sono costrette a ridurre i fondamenti della loro *certezza* all'osservazione di ciò che accade; e da ciò che fu costantemente, o che almeno apparve, argomentare su ciò che non è ancora accaduto, o che non consta a bastanza per evidenza di fatto (1). La costanza o la variabilità dell'avvenimento, considerato nel corso naturale delle cose, somministra la *certezza* o la *probabilità* dell'altro avvenimento di cui si va in traccia; la maggiore o minore *variabilità* somministra i gradi della maggiore o minore *probabilità*. Sotto questo aspetto entra anche la specie umana per tutti i rapporti fisici ch'essa sostiene con la natura. La Medicina fonda così i suoi pronostici.

Questa specie di *verità* o di *probabilità* entra pure nelle considerazioni della Giurisprudenza, tanto nel Diritto statuente, quanto nella Procedura; di modo che la legge è costretta ad averla in mira tanto nello statuire, quanto nell'ordinare una prova, e nell'assegnarne il valore, la costanza, frequenza o variabilità dei fatti che accadono in natura, risultanti da un corso esteso di osservazioni. Per questa ragione fu già sopra avvertito, che ogni specie di argomento o certo o presuntivo deriva dalla connessione di causa ed effetto, o di costante apparenza o successione o mediata o immediata tra il fatto certo e noto, ed il fatto incerto ed ignoto; e da questa maggiore o minore connessione esclusiva di varietà nel produrre altri effetti si deduce la maggiore o minore concludenza di un dato mezzo di prova.

La Giurisprudenza sì antica che moderna va perfettamente d'accordo con la filosofia.

1.° Riguardando la natura della *presunzione*, che viene espressa con la definizione, fu detto che le presunzioni *sunt conjecturae ex signo verisimili ad*

---

(1) Nelle cose fisiche si può dire che la natura manifesta le disposizioni del suo Codice, ma ne nasconde i motivi.

probandum assumptae, vel opiniones de re incerta, necdum penitus probata (1). Indicandosi qui la connessione delle cose per *verosimiglianza*, s'indica per ciò stesso la semplice *probabilità* che inchiude il *dubio*. Alciato deriva la parola *presunzione* da quella di *sumere* e di *prae*, perchè la presunzione fa ritenere qualche cosa per vero (*sumit pro vero*) prima che ne siano state fatte altre prove, *prae* (*idest ante*) *quam aliunde probetur*. Questa qualità della *presunzione* forma il distintivo carattere che la separa dalla *dimostrazione*. « Questa (dice Pothier parlando della piena prova) fa fede direttamente e per sè stessa d'una cosa; la *presunzione* fa fede per una *conseguenza* tratta da un'altra cosa. » Il Codice Napoleone, coerentemente a queste idée, ha definito nell'art. 1349 le *presunzioni essere conseguenze che la legge o il magistrato trae da un fatto conosciuto ad un fatto sconosciuto.*

2.° Riguardando poi alla fonte d'onde nascono le *presunzioni*, fu stabilito ch'esse debbono dedursi da quelle cose che sono *verosimili*, e più frequentemente accadono. *Inspici solet* (dice la leg. 114. *ff. De reg. jur.*) *quod verisimilius est, aut plerumque fieri solet.* Qui opportunamente nota Gottofredo: *Credibilius, magis rationabile. Non verisimile credibile non est, nec attenditur: pro eo non praesumitur, imaginem habet falsitatis. Verosimile ducitur ex more, consuetudine, iisque fieri solet. Solita sunt frequentius, communi opinione, natura, qualitatibus rei vel personis, tempore et aliis conjecturis.* Sebene nella definizione del Codice Napoleone manchi la nozione direttrice, al lume della quale si possa valutare la *presunzione*, ciò viene supplito dalla ragione e dall'autorità, la quale, come insegnò Cujacio, addita che *ex eo quod plerumque fit ducuntur praesumptiones* (2). Le cose *consuete* prevalgono alle *frequenti*; quindi fu insegnato che *validissima est praesumptio quae deducitur a solitis* (3).

3.° Riconoscendo che le *presunzioni* seguono la scala delle *probabilità*, fu riconosciuto che altre di loro natura sono più forti ed altre più deboli, secondo che i fatti che servono di connotati inducono una maggiore o minore probabilità; e quindi fu stabilito il cánoné, che la più forte *presunzione* fa cessare la più debole, e le une e le altre cedono sempre alla forza propria della dimostrazione, che manifesta la *verità* e induce la *certezza*. Questo cánone, dedotto dalla legge *Si chirographum* 24. *ff. De probat.*, e da altre leggi, viene proclamato dai giureconsulti anteriori (4).

Questa distinzione viene supposta anche dal Codice Napoleone, il quale distinguendo le *presunzioni* stabilite dalla legge da quelle che sono lasciate alla dottrina e prudenza del Magistrato, ha supposto che la legge abbia trascelto le più gravi, ben conoscendo che le fonti ed il valor loro reale essendo oltre ogni umano potere, la *presunzione* della legge non poteva prevalere alle altre se non per un'intrinseca forza, maggiore degli argomenti tratti dalla natura.

---

(1) Voet ad Pandectas, Lib. XXII. Titolo III. n.° 14.

(2) Paratitli su 'l Codice Giustinianéo, Tit. *De praesumpt.* Vedi inoltre Richer., *Jurisprudentia universalis*, Tom. I. § 420.

(3) Richer., Lib. I. § 192 del suo *Trattato preliminare su le leggi*.

(4) Richer., Lib. II. § 854 e 1492.

4.° Dalla considerazione delle leggi di *ragione* passando a quella delle leggi *positive*, la più vistosa distinzione fatta nell'antica e nella nuova Giurisprudenza fu quella delle presunzioni della *legge* (1) da quelle dell' *uomo*. La prima si definiva da Alciato: *Dispositio legis aliquid praesumentis, et super praesumpto, tamquam sibi comperto, statuentis.* Questa definizione, adattata alla situazione ed alla funzione del Legislatore nell' atto di formare la legge, cede il luogo ad un' altra definizione totalmente pratica, e quale può servire al Magistrato. Essa fu allegata dal celebre Voet co' i seguenti termini. *Juris praesumptio dicitur quae ex legibus introducta est; ac pro veritate habetur donec probatione aut praesumptione contraria fortiore enervata fuerit* (2). Coerentemente a questa idéa nell' art. 1350. del Codice Napoleone la *presunzione legale* fu definita *quella che da una legge speciale fu annessa a certi atti o a certi fatti;* e fu aggiunto nell' art. 1352., *ch' essa dispensa da qualunque prova colui, a favore del quale essa ha luogo.*

La ragione per altro suggerì che questa *presunzione legale* debba cedere alla *verità*, malgrado ch' essa sia raccomandata all' autorità imponente del Legislatore, imperocchè la forza di persuadere non può derivare che dalla sola qualità naturale dell' argomento fondato su i rapporti reali e necessarj della natura delle cose; e quindi fu stabilito, tanto per autorità civile, quanto per quella del Diritto canonico, che formavano il Diritto comune anteriore, che la *presunzione* della legge cede alla *verità* ossia alla dimostrazione, purchè della *verità* stessa consti publicamente. *Quod in foro civili servatur*, dice il lodato Richeri (3), MODO DE VERITATE PUBLICE CONSTET: al che sembrano alludere le eccezioni stabilite nell' art. 1352. del Codice Napoleone, con le quali si rende omaggio alla *verità*, concordemente a quanto insegnarono i vecchi giureconsulti, e segnatamente il Mascardo nella sua Opera *De probat. verb. praesumptio juris et de jure.*

Quanto alle altre *presunzioni* che non sono stabilite dalla legge (e che anticamente furono dette *presunzioni dell' uomo*, perchè furono abbandonate alla

---

(1) I vecchi giureconsulti per un lodevolissimo motivo suddistinguevano la presunzione *juris* da quella che dicesi *juris et de jure*, e davano loro diversi effetti. Questa suddistinzione non fu espressa dal Codice Napoleone. In materia di prove dirette di un fatto singolare, su la verità del quale si dísputa, e su la quale il Giudice deve pronunciare, tale suddistinzione sembra inutile. Vi sono certamente certe *presunzioni generali* che servono di fondamento tacito a molte disposizioni di legge; ma queste molte volte non entrano come prova negli affari, ed alcune sono veri supposti che non ammettono prove in contrario. Tali sono quelli che si fondano su la debolezza del sesso, dell' età, su la parzialità dedotta dall' interesse. La legge per esse presume incapace la persona a fare o testificare un atto, benchè in fatto accada talvolta che la persona non possa essere accusata del difetto presunto dalla legge. Noi parliamo delle *presunzioni* che servono di mezzo di prova di un fatto singolare ed eventuale, della cui esistenza o non-esistenza ancora non consta, ma si dísputa ancora, e si vuol provare con induzioni reali probabili. Quì la detta suddistinzione è inutile.

(2) Voet ad Pand., Lib. XXII. Tit. III. n.° 15. — (3) Richer. Lib. II. Tit. VII. § 452.

dottrina ed alla prudenza del Magistrato), seguendo la ragione delle cose onde renderle operative, e non autorizzare il capriccio del Giudice, fu stabilito che dovessero riunire le seguenti condizioni; cioè:

1.° *Gravità;* 2.° *precisione;* 3.° *concordanza* (Codice Napoleone, art. 1553). La *gravità* e la *precisione* sono caratteri perpetui per distinguere la *presunzione*, di cui deve far uso il Magistrato nel giudicare, dal semplice *sospetto*. Con ciò la legge dice in sostanza: che, nel giudicare, il Magistrato non dee lasciarsi guidare da meri sospetti o leggieri argomenti. La *concordanza* poi è un carattere speciale al caso nel quale molti argomenti concorrano ad indicare lo stesso fatto. Con l'imporre la *concordanza* la legge espressamente prescrive che il Giudice non deve tener conto della moltitudine degli argomenti, allorchè essi si collidano o si distruggano; ma deve accordar loro la sua fede solamente allorquando tendono allo stesso punto di dimostrazione, e con ciò producono una grave e precisa convinzione (1). Con questa savia disposizione la legge spinge il suo impero fin dove può giungere per proteggere i diritti civili; e non potendo fissare regole speciali, assegna almeno un cánone generale direttivo, sanzionato dalla ragione e autorizzato dall'equità.

Per appendice e lume di quelli che bramassero di agevolare l'applicazione di tali principj co'l soccorso delle autorità (avendo in questa parte il nuovo

---

(1) Quì giova riferire un passo del signor Danty, riportato nel Repertorio del sig. Merlin ne' seguenti termini: « Poichè siamo obligati talvolta di ricorrere alle *presunzioni*, e ciò accade allorchè mancano le *prove* o scritte o testimoniali; ne segue che la legge debba riguardare le *presunzioni* come altretanti testimonj, poichè su la fede di queste *presunzioni* ella determina il suo giudizio; e per conseguenza esse debbono avere le stesse qualità che la legge ricerca nelle deposizioni dei testimonj per prestarvi un'intiera fede. Ora la prima qualità di una deposizione si è, ch'ella dev'essere grave e precisa; la seconda, che una deposizione dev'essere chiara e giusta; la terza, che questa deposizione non debba essere unica. *Unus testis nullus testis.* »

Ognuno s'avvede che in questo passo domina una cattiva logica.

1.° Si pone che gli argomenti di *presunzione* debbano avere le condizioni della *deposizione testimoniale,* perchè spesso in giudizio si fa uso delle *presunzioni* in mancanza delle *deposizioni*. La identità dell'*effetto inteso* (cioè il far fede) non rende necessaria la simiglianza del *mezzo,* quando il fine si può ottenere altrimenti. Se valesse il principio del sig. Danty, tutti i mezzi di trasporto dovrebbero avere i caratteri proprj delle carrozze di città.

2.° I caratteri di *chiarezza, giustizia* e *moltiplicità,* ch'egli deduce da questa premessa, sono, rispetto alle *presunzioni*, cose senza senso. Capisco benissimo che quando un uomo parla deve parlar chiaro, perchè il Giudice possa argomentare con l'appoggio di una *deposizione testimoniale.* Ma in argomento o di un fatto intuitivo, o di una legge di natura, si pone mente alla *concludenza logica e reale.* La *giustizia* nella *deposizione testimoniale,* risultante da tutte le forme di un esame, è indispensabile per la legge. Ma come applicare questa idéa ad un argomento di *presunzione* somministrato dalla natura o dall'accidente? La moltiplicità finalmente dei testimonj, per la regola vecchia *unus testis nullus testis,* come potrebb'essere regola perpetua nei giudizj di *presunzione,* ne'quali una sola *presunzione* vince talvolta mille *deposizioni?* Il ragionare così *a simili* fra cose disparate, benchè tendano allo stesso fine, è un vero abuso.

Codice lasciato il più libero campo alla sana ragione) si potranno consultare i seguenti giureconsulti, come i più segnalati; cioè Guidone Papa nel suo *Trattato delle presunzioni*, che si trova nella Collezione così detta *Tractatus tractatuum*, Tom. IV. in fol. pag. 400 e seg.; Alciato, *De praesumptionibus;* Menochio su lo stesso argomento; Mascardo, *De probationibus;* Mantica, *De tacitis et ambiguis;* ed inoltre *De conjecturis ultimae voluntatis.* L'eccellenza delle Opere di Menochio e Mascardo aveva eccitato desiderio nel celebre Leibnizio di racchiudere i risultati delle loro dottrine in alcuni cánoni generali.

Nota III.

Su la norma fondamentale, onde distinguere le nullità assolute *dalle* relative *in materia civile.*

Le massime sovra esposte su la distinzione delle *nullità* in *assolute* e *relative* sono confermate dalle dottrine del *Repertorio di Giurisprudenza* del sig. Merlin. Due sono le questioni che si debbono esaminare: la prima, che cosa debba intendersi sotto il nome di *nullità assoluta* e di *nullità relativa;* la seconda, a chi appartenga il diritto di farne uso.

Su la prima questione dice il citato sig. Merlin:

« Si distinguono due sorta di *nullità:* l'una *assoluta*, l'altra *relativa.* La » prima può essere allegata da chiunque; la seconda non può esserlo se non da » quelle persone, in favore delle quali è stata pronunciata. »

« La *nullità assoluta* è quella che deriva da una legge, il cui principale mo- » tivo sia l'interesse del Publico. La *nullità relativa* è quella che non interessa » fuorchè determinate persone. »

« Benchè lo scopo della legge (dice Dunod) sia sempre l'interesse del Pu- » blico e della società, la veduta di un tale interesse è sovente rimota, e la legge » in allora considera principalmente, nel suo divieto e nelle nullità che prenun- » cia, l'interesse dei privati: *primario spectat utilitatem privatam, et secunda-* » *rio publicam.* I privati sono quelli che approfittano della sua disposizione; ed » il suo divieto in tal caso produce una nullità che chiamasi *rispettiva*, percioc- » chè si considera che questa nullità non interessi se non che colui, a favore del » quale è pronunciata: egli solo pertanto può prevalersene e proporla; e se altri » il facessero, a ragione si opporrebbe loro ch' eglino si fondano su 'l diritto al- » trui. » *Répertoire universel de Jurisprudence*, v. *Nullité*, § 2.

Quanto alla seconda questione, riguardante la facoltà di far uso dell'eccezione di nullità, prosegue il detto sig. Merlin:

« Convien distinguere .... le *nullità assolute* dalle *nullità relative.* »

« Le *nullità assolute* potendo essere allegate da chiunque, e niuno avendo » la facoltà di togliere altrui l'esercizio de' suoi diritti, è manifesto non esservi » consenso che possa sanare una cotale *nullità* RISPETTO AI TERZI. »

« Ma per lo meno l'assenso non costituisce esso, rispetto a colui che lo ha » prestato, un motivo d'inammissibilità contro l'allegazione che personalmente » egli volesse fare in séguito di una *nullità assoluta*? »

« Egli è difficile poter prescrivere in proposito una regola precisa. Quello
» che possiamo dire siccome generalmente più approssimativo alla verità si è,
» che il Giudice dee mai sempre in sì fatta materia occuparsi a conoscere, con
» la scorta delle circostanze, da qual lato sia l'interesse publico, e formare di
» un cotale interesse il fondamento della sua decisione. Importa allo Stato di
» non turbare i possessi con l'ammettere troppo facilmente la nullità di un Atto
» a favore delle parti che ne abbiano di già riconosciuta la validità. Ancora più
» importa allo Stato di non tolerare con una pericolosa indulgenza Atti colpiti
» di *nullità assoluta*. Le leggi non avrebbero più forza, qualora non se ne assi-
» curasse l'esecuzione co' i necessarj esempj. Il timore del primo inconveniente
» si è quello che fa talvolta ascoltare i motivi d'inammissibilità; ed il timore
» del secondo quello che sovente impedisce d'averli in considerazione. Il do-
» vere del Giudice consiste nel discernere in ciascun caso se maggior pericolo
» s'incontri per il Publico distruggendo l'Atto contro cui si reclama, di quello
» che confermandolo. »

« Non si può per altro disconvenire, che nella classe delle *nullità assolute*
» ve n'ha di quelle che i privati non potrebbero allegare dopo avere assentito
» all'esecuzione dell'Atto che n'è affetto. »

« Così, a termini dell'art. 186. del Codice Napoleone, il padre, la madre,
» gli ascendenti e la famiglia, che hanno acconsentito al matrimonio contratto
» nel caso dell'articolo antecedente, cioè nel caso in cui gli sposi non fossero
» giunti all'età legitima, non sono ammessi a proporne la nullità. »

« Così, a termini dell'art. 195. dello stesso Codice, quando vi è possesso di
» stato, ed è presentato l'Atto di celebrazione del matrimonio, i conjugi non
» sono rispettivamente ammessi a dimandare la nullità di quest'Atto » (vedi
Nullità, § 3).

Lo stesso avviene anche nella procedura civile rispetto a certe *nullità asso-
lute* che appartengono alla procedura propriamente detta, riguardante *gli atti
della parte*. « Una parte (dice altrove il lodato sig. Merlin) non è ammissibile
» a proporre, come motivo di cassazione, una nullità anche di ordine publico,
» che risulti dal suo proprio fatto; e voi (parlando ai Giudici di Cassazione) lo
» avete giudicato cento volte, segnatamente rigettando ricorsi in Cassazione
» fondati su la mancanza di precedente citazione in conciliazione, per parte de-
» gli attori originarj divenuti attori in Cassazione » (1).

Parlando di questa specie di *nullità assolute*, fu detto ch'esse riguardano
gli attori, ossia le incumbenze proprie di procedura delle parti litiganti. Una
tale specificazione fu aggiunta a fine di distinguere questa sorta di *nullità* da
quelle altre *nullità assolute* che nascono dal titolo della incompetenza, le quali
possono essere sempre prodotte in qualunque stato di causa, nè possono mai
essere sanate co 'l consenso della parte, com'è troppo noto e fu ripetutamente
dichiarato dai Decreti Imperiali, e da Decisioni moltiplici già allegate nel *Gior-
nale di Giurisprudenza*. Quando parliamo del titolo d'incompetenza, noi vo-

(1) Vedi *Section des Tribunaux*, Tom. VIII. pag. 258. — Merlin, *Questions de Droit.*

gliamo indicare specialmente quella che dicesi *ratione materiae,* distinguendola dall'altra incompetenza che deriva dalla qualità personale o dal domicilio. La incompetenza per ragione di materia si verifica tanto fra le sole autorità giudiziarie, quanto fra queste e le autorità amministrative. Essa non solo è di *ordine publico,* ma eziandio di *publico Diritto,* ed importa egualmente che le violazioni (dette altrimenti *eccessi di potere*) vengano prontamente riparate; e sempre si può e si deve ristabilire l'ordine turbato. Per questa ragione si vuole sempre aperto il ricorso per titolo d'incompetenza assoluta, e sempre viene ingiunto ai Giudici ed agli amministratori d'interporre, anche d'officio, la loro autorità per riordinare il regolare esercizio dei publici poteri. Nè a ciò osta che abbia preceduto una Sentenza o Decisione definitiva, o semplicemente interlocutoria o preparatoria; imperocchè al momento stesso in cui esiste la violazione è cosa importante che venga riparata; e però è necessario di ricorrere ai rimedj a ciò opportuni.

« E non deve recar meraviglia (dice al nostro proposito il sig. Merlin) che » gli Atti contenenti eccesso di potere non siano sottoposti alla regola generale, » che vieta ogni ricorso, sia davanti al Tribunale di Cassazione, sia davanti ai » Tribunali d'Appello, contro le Sentenze preparatorie o d'istruzione. Non vi » ha cosa che più comprometta l'ordine sociale, quanto le usurpazioni di una » Autorità sopra di un'altra. »

« Mediante la cura reciproca delle diverse Autorità a non fare che ciò ch'è » di loro dovere, ed a rispettare le attribuzioni loro proprie, il Corpo politico » si sostiene, si muove, e guarentisce la sicurezza di tutti i suoi membri. Se » per avventura esse si collidono e si urtano le une con le altre; se il potere » giudiziario, per esempio, osa di amministrare; se l'amministrazione osa giu- » dicare; se il Giudice civile vuol conoscere delle cose criminali, ed il Giudice » criminale di affari civili; se il Magistrato inferiore vuole inalzarsi al livello o » al di sopra del Governo; se la forza publica pretende dare degli ordini in » luogo d'eseguire quelli ch'essa riceve: allora non havvi più costituzione, più » ordine sociale, più garanzía per li cittadini, ed altro non rimane che il caos » dell'anarchía. Quanto adunque non sarebbe cosa impolitica il diferire a re- » primere gli eccessi di potere! Di quale urgenza non è al contrario il farli ces- » sare al momento stesso nel quale vengono scoperti! »

« Tal è precisamente lo scopo al quale si giunge per l'ordine giudiziario, » sottomettendo, sia all'Appello, sia al ricorso in Cassazione, secondo le circo- » stanze, ogni Sentenza interlocutoria o d'istruzione, che contiene eccesso di » potere. Per questo mezzo, allorquando un Giudice uscì dalla sfera delle sue » competenze, il Tribunale superiore, se è un Giudice di prima Istanza, o, se è » lo stesso Giudice superiore, il Tribunale di Cassazione lo fa entrare nella » medesima, e le attribuzioni di ciascuna Autorità giudiziaria riprendono il » luogo che loro venne assegnato dalla legge. »

E quì il sig. Merlin passando a considerare l'altra questione, se l'eccezione d'incompetenza, che non fu proposta avanti il primo Giudice, lo poteva essere in grado d'Appello, malgrado la disposizione generale in contrario della legge

allora vigente, soggiunge: « Di già senza dubio, cittadini Magistrati, voi avete
» detto a voi stessi, che con queste parole: *non possono pronunciare che su le*
» *domande fatte in prima Istanza,* la legge fece a bastanza intendere che la sua
» disposizione colpisce unicamente le conclusioni che costituiscono dimande pro-
» priamente dette; ch' essa non si estende fino alle conclusioni delle parti, con-
» tro le quali sono formate queste domande; che, in una parola, essa non è ap-
» plicabile alle eccezioni; e che ogni eccezione, a cui non è soddisfatto con le
» difese in merito, può essere proposta in istato d'Appello, sebene essa non lo
» sia stata in prima Istanza. »

« Ma l'eccezione d'incompetenza, della quale quivi si tratta, non è stata
» sanata anche davanti i primi Giudici con la difesa in merito? Il ricorrente
» pretende che sia stata effettivamente sanata; ed è il suo terzo motivo di Cas-
» sazione, che consiste nel dire che la Sentenza impugnata non ha potuto, senza
» contravenire all'art. 5. del Tit. V., ed all'art. 3. del Tit. VI. dell'Ordinanza
» del 1667, ammettere in grado d'Appello una declinatoria che anche davanti
» i primi Giudici non era più ammissibile dopo la contestazione della Causa.
» Ma questo motivo è evidentemente, come i due primi, subordinato alla que-
» stione di sapere se il Tribunale di commercio era o non era incompetente *ra-*
» *tione materiae* » (1).

Riandando tutti i passi fin quì recati, sembra a prima giunta che la distinzione delle *nullità* in *assolute* e *relative,* o, per meglio dire, la facoltà di opporle e di sanarle ammetta varietà di teoríe, o veramente eccezioni diverse. Ma, considerando la cosa profondamente, si trova sempre che un principio unico regge tutta la dottrina, senza che veramente intervenga veruna eccezione. Basta salire ai rapporti fondamentali che regnano in uno Stato regolare, per comprendere che il principio dell'interesse, che dirige la distinzione e la facoltà di usare delle nullità, rimanendo sempre lo stesso, esso varia solamente la facoltà medesima a norma della qualità delle persone interessate, e dell'influenza diversa dell'interesse medesimo. Così agevolmente si scopre che l'interesse dei titoli diversi di competenza non può essere mai privato o semplicemente publico in relazione all'interesse privato, ma ch'esso propriamente è un interesse di Stato relativo alla costituzione fondamentale; e quindi egli è publico *per ragione di Stato,* e non publico *per semplice ragione civica,* come avviene negli affari amministrativi, che riguardano l'industria, il commercio, la salute ed il comodo dei cittadini considerati come aggregato.

A togliere quindi qualunque perplessità, già accennata dal sig. Merlin nel definire le *nullità assolute* suscettibili di rinuncia privata, è mestieri salire ad una veduta più eminente e sistematica, della quale si parlerà più sotto.

Per complemento della dottrina, di cui ci occupiamo, sarebbe necessario parlare delle *nullità assolute* o *relative* in materia criminale, e precisamente in materia di procedura penale. Egli è osservabile che ivi le *nullità assolute* si confondono con le *nullità espresse;* talchè ivi si denominano *nullità assolute* quelle

(1) Merlin, Tom. IX. pag. 586-587, *Questions de Droit,* v. *Tribunal de commerce.*

sole che vengono espressamente pronunciate dalla legge; *nullità relative* poi si appellano quelle che, non essendo pronunciate dalla legge, risultano dalla violazione d'una forma stabilita. Quanto a queste però è da osservarsi, che propriamente non si possono denominare *vere nullità,* ma più tosto *qualità* per cui l'Atto può essere annullato mediante l'istanza della parte; e che invece d'essere nominate *nullità,* più propriamente si potrebbero appellare *nullabilità.* Considerando le cose sotto il punto di vista dell'interesse, occorrerebbero speciali considerazioni, le quali noi riserviamo ad altro luogo, in cui si contemplerà questo soggetto in una vista più sistematica.

Nota IV.

Della facoltà di rinunziare alle nullità testamentarie.

In conferma di ciò che da noi fu notato circa la qualità delle nullità testamentarie, soggiungeremo il seguente passo del Repertorio del sig. Merlin.

« Dal principio, che le nullità rispettive sono sanate mediante il consenso » delle parti interessate, risulta che un testamento nullo, sia nella forma, sia » per mancanza di capacità nel testatore, è convalidato dall'esecuzione che vo» lontariamente e con cognizione di causa vi dà l'erede, i cui diritti sono lesi. » *Répertoire de Jurisprudence*, v. *Nullité.* »

« È manifesto che se, dopo avere soddisfatto un legato, si scopra essere sta» to fatto con un Atto nullo o rivocato, sempre n'è ammissibile la ripetizione. »

« Ma è necessario che il pagamento non sia stato fatto per causa d'errore » inescusabile; perchè l'erede che pagò volontariamente un legato nullo si pre» clude l'adito a qualunque ripetizione. »

« In generale, allorchè s'incontrano delle nullità negli Atti che contengono » dei legati, possono essere sanate mediante l'approvazione delle parti interessa» te; ed allora il pagamento dei legati non è suscettibile nè di rifiuto, nè di ri» petizione. » *Répert. leg.* Sect. II. § 1. Veggasi anche la legge 16. § 1. Cod. *De testamentis,* e la legge 38. *Dig. De fidecommissis.*

Nota V.

Su le decisioni di nullità presuntiva e di nullità irrevocabile.

Quando un testamento presentasi rivestito di tutte le sue formalità, non v'ha dubio che nascendo contestazione su la di lui validità a motivo di una falsa enunciazione, i Tribunali debbano pronunciare il giudizio di validità senza dare ascolto alla objettata falsità; e ciò tutte le volte che la parte si restringa alla nuda asserzione di falsità, e tutte le volte ch'essa si limiti solamente a domandare d'essere ammessa a provare la sua accusa. La presunzione di validità in favore del testamento vince la contraria accusa, e respinge tutte le nude petizioni ed offerte a provare la falsità; e non cede se non nel caso che prove precise e speciali prevalenti siano state iniziate a modo almeno di far riprometter una prova vittoriosa del falso, la quale per sè vinca la presunzione legale di

verità. Prima che siansi adempiute tali condizioni non è permesso ai Giudici d'accogliere questo mezzo infirmativo della validità di un Atto, nè di sospendere l'esecuzione che ne deriva. A proporzione poi che l'Atto è più o meno solenne, le prove contrarie debbono essere più o meno convincenti, onde vincere la presunzione legale che milita in favore dell'Atto.

In prova di questa tesi noi incontriamo l'autorità di Giudicati opportuni. Co'l primo, del 3 Maggio 1808 della Corte d'Appello di Colmar (1), fu stabilito « che la querela di falso principale contro un Atto notarile non ne sospende l'esecuzione se non quando il Giurì ha dichiarato esservi luogo ad » accusa. » Co'l secondo della Corte d'Appello di Rouen, confermato con Decisione della Corte di Cassazione dell'Impero 15 Febrajo 1810 (2), fu dichiarato « che allorquando una querela di falso principale è diretta contro Atti » che non sono autentici, e rivestiti della formula esecutoria, l'iscrizione di » falso sospende per sè sola l'esecuzione degli Atti accusati. In questo caso non » è necessario che l'autore del falso sia posto in istato d'accusa. »

Dal che manifestamente si vede, che a proporzione dei gradi di maggiore o minor fede presuntiva, attribuita ad un Atto rivestito di maggiori o minori formalità testificative, si esige pure una maggiore o minor forza prevalente per gli argomenti contrarj. Ciò è conforme alla teoría delle prove, già esposta nella Nota II. sovra premessa; e in ciò si fa uso delle regole strettamente logiche, per le quali ci viene insegnato che a vincere una presunzione è necessario di opporne una più forte. Ma nello stesso tempo, in forza dei principj di Diritto e di providenza giudiziale, non dovendosi sospendere l'esecuzione di un titolo per sè già liquido e provato sotto il pretesto della mera possibilità di smentirlo, i Tribunali incaricati dell'amministrazione della giustizia non possono ritardare di pronunciare su la dimanda della parte che presenta sì fatto titolo, la di cui fede si può bensì in astratto smentire, ma che però non si trova attualmente distrutta da prove contrarie. Per la qual cosa qualunque Giudice o Tribunale, che in pendenza di questo sperimento sospendesse il suo giudizio su la validità o nullità dell'Atto, per ammettere e verificare le prove estrinseche e contrarie, agirebbe illegalmente, pronunciando un giudizio anticipato e prematuro, e defrauderebbe così il diritto della parte che reclama l'esecuzione dell'Atto presuntivamente valido.

Per lo contrario il Giudice deve necessariamente limitarsi ai termini dell'Atto medesimo per pronunciare il suo giudizio. E sebene da poi l'Atto stesso si possa legalmente impugnare, tuttavía vige la regola, che la prova della validità estrinseca dell'Atto viene stabilita dai termini ch'esso presenta; nè si deve, per pronunciare questo primo giudizio, uscire dal medesimo, nè ammettere prove estrinseche fuori o contro del contenuto dello stesso, come appunto dai Tribunali fu praticato fin quì.

Ma da ciò non viene la conseguenza, che la validità o nullità dell'Atto, risultante dalla sua originaria espressione, sia *irrevocabile;* poichè il divieto di

---

(1) Sirey, Tom. X. Parte II. pag. 557. — (2) Lo stesso, Tom. X. Parte I. pag. 174.

uscire dall'Atto non è illimitato, nè si estende a tutti i casi, ma bensì a quello solo, nel quale dovendo provisoriamente prevalere l'autorità presuntiva dell'Atto medesimo, il Giudice non può sospenderne gli effetti con la mera aspettativa di un contrario esperimento.

Infatti è cosa sommamente importante l'osservare, che tutti i casi nei quali si è fatto uso della regola di non uscire dall' Atto per pronunciare su la validità o nullità, la parte che tendeva ad impugnare o a convalidare con prove estrinseche un testamento rivestito di tutte le sue formalità, o mancante della menzione di qualcheduna delle medesime, si limitò ad una semplice *offerta* di tali prove, nè mai si è presentato il caso nel quale la parte o abbia precisamente indicato il mezzo trionfante della prova contraria, o avendolo separatamente tentato (almeno per titolo semplice di prova *ad perpetuam rei memoriam*), lo abbia introdotto nel giudizio di nullità, od abbialo instituito posteriormente al giudizio pronunciato in conseguenza della nullità presuntiva risultante dai semplici termini originarj dell'Atto.

In vista di questa importante osservazione di fatto ne emerge, che contro l'opinione proposta non si può veramente opporre l'autorità di veruna Decisione fin quì pronunciata; perchè non si trova veruna dottrina, con la quale si affermi che la validità o nullità risultante dai termini dell'Atto sia *assoluta* o *irrevocabile*, nè che i Tribunali abbiano rigettato il tentativo proposto con le suddette condizioni, senza ritardare per altro il giudizio provisorio, che deve aver luogo in pendenza di un più vittorioso sperimento. Si troverà bensì essere stata dichiarata illegale la sospensione dell' esecuzione provisoria di un testamento rivestito di tutte le sue forme, e fatto uso della regola, che per istabilire la validità presuntiva si deve stare all'Atto; ma nello stesso tempo si troverà che non fu precluso l'adito al giudizio definitivo da instituirsi con prove estrinseche.

A maggiore conferma del fin quì detto si esamini di grazia il seguente

Esempio.

Il testamento della signora Martens portava la menzione della sua dettatura fatta ai Notaj dalla testatrice.

Gli eredi naturali sostennero che questa enunciativa era falsa: essi domandarono di poter provare co'l mezzo di testimonj, che il testamento non era stato dettato dalla signora Martens. Essi furono ammessi a questa prova in forza di una Sentenza del Tribunale di prima Istanza.

Sopra appello di questa Sentenza l'erede instituito pretese che la prova testimoniale non poteva essere ricevuta contro la menzione contenuta nel testamento. Ella è regola generale, disse l'erede, che tutti gli Atti autentici fanno fede sino all'inscrizione di falso. Non havvi altra via per tentare di distruggere l'effetto della *menzione* comprovante che le formalità volute dalla legge sono state adempiute.

In materia di testamento sopra tutto non può essere provato contro, nè oltre di ciò che risulta dall' Atto medesimo. Se l'Atto non enuncia che sia stato det-

tato del testatore, che i testimonj siano stati presenti, invano si vorrebbe stabilire con altri mezzi estranei, che queste formalità furono adempiute.

A più forte ragione allorchè l'Atto offre la menzione positiva che queste formalità sono state religiosamente osservate, non si deve badare all'asserzione che quest'Atto smentisce; tanto più che quest'asserzione non produce il carattere grave di un'accusa di falso, il solo che convenga in questo caso. Infatti non è più una semplice dimenticanza che si potrebbe rimproverare ai redattori del testamento, ma bensì una falsa dichiarazione, una menzogna positiva e necessariamente volontaria, della quale eglino si sarebbero resi colpevoli. Co'l delitto non si può transigere: dunque bisogna apertamente perseguitarlo, o riconoscere che non è commesso.

Quì non fa d'uopo, rispondevano gli eredi naturali, applicare al testamento le regole proprie alle obligazioni. Allorquando la legge pronuncia che questo titolo fa fede sino all'inscrizione di falso, ella non intende parlare che dei titoli *convenzionali:* e ciò risulta dal posto che occupa nel Codice civile l'art. 1319., che stabilisce questo principio; e non è che relativamente alle obligazioni *convenzionali* che l'art. 1341. interdice la prova testimoniale, allorchè il valore dell'oggetto litigioso ecceda li 150 franchi.

Il testamento è un Atto di una natura particolare, a cui non giova applicare alcuna di quelle disposizioni che furono stabilite relativamente ad altri Atti. Così, per esempio, la validità del testamento dipende essenzialmente dalla sua forma: se esso non è stato scrupolosamente redatto nella forma determinata dalla legge, il testamento è interamente nullo. Al contrario negli Atti ordinarj la forma non è, per così dire, che accessoria: sarebbe inutile il non riconoscere una obligazione, un deposito, un affitto od una rendita, per ciò solo che l'Atto contenesse una qualche irregolarità. Così poichè gli articoli 1319. e 1341. del Codice civile non sono applicabili che alle convenzioni; poichè niente havvi di comune fra le convenzioni ed i testamenti; poichè in questi ultimi la forma è tutto, e niuna legge proibisce d'ammettere la prova dell'inosservanza delle formalità, dalle quali dipende la validità dei testamenti: in conseguenza si è offerta giustamente, ed i Giudici hanno bene operato ammettendo questa prova.

Decisione.

La Corte « Attendu que les formes d'un testament s'établissent par l'Acte » même; qu'en admettant la preuve que le testament n'a pas été dicté, le » Tribunal de première Instance A PRÉJUGÉ que l'on pouvait chercher *hors* de » l'Acte la preuve de l'inobservation des formes du testament sans recourir à l'in- » scription de faux; met l'appellation, et ce dont est appel au néant; emendant, » dit que la preuve a été illegalement admise... Ordonne aux parties de s'expli- » quer sur la validité des formes du testament, d'après le contexte de l'Acte qui » les renferme. »

Del 14 Giugno 1806. — Corte d'Appello di Bruxelles (1).

---

(1) Sirey, Tom. VII. Parte II. pag. 17-18.

Consultando i termini di questa Decisione, troviamo noi veramente in essa una formale opposizione alla tesi sostenuta? No certamente. Ivi si dice semplicemente *avere il Tribunale* PREMATURAMENTE GIUDICATO *potersi ammettere fuori dell'Atto la prova dell'inosservanza delle forme del testamento, senza ricorrere all'inscrizione di falso.* Dunque è manifesto che quì la Corte d'Appello non pronuncia su l'ammissibilità o l'inammissibilità *assoluta* e *perpetua* della prova estrinseca all'Atto testamentario, ma solamente pronuncia su la *intempestività* della medesima in questa sede di giudizio. E pure fa uso della regola consueta, *che le forme del testamento si comprovano con l'Atto medesimo:* e con ciò dà a divedere che questa regola non si oppone all'ammissibilità delle prove estrinseche in altra sede o forma separata, o tempo posteriore; ma solamente si oppone alla facoltà di farne uso durante la presunzione legale, che milita in favore dell'Atto testamentario considerato nella sua forma originale ed immediata, e fino a tanto che la credibilità risultante dalle forme osservate non venga distrutta.

All'occasione poi di questa Causa faciamo osservare, essere opinione stabilita presso gli espositori delle dottrine relative alle prove designate dal Codice Napoleone, che gli articoli 1319. e 1341. si riferiscono alla materia delle obbligazioni e dei contratti, e non alle materie testamentarie. « In genere (dice il sig. » Desquiron) non si può dire che i testamenti e gli altri Atti di ultima volontà » possano essere compresi sotto il nome di *contratti,* e soggetti in conseguenza » alla regola stabilita dell'art. 1341. del Codice Napoleone » (1).

Nota VI.

Richiamo della teoria delle nullità al suo punto di vista eminente e sistematico.

L'argomento delle *nullità* si trova diseminato per tutto il sistema del Diritto che regola le civili società, poichè in tutto il sistema si contemplano Atti efficaci e non-efficaci a produrre un effetto interessante, e quindi a produrre un bene o un utile, o ad allontanare un male o un danno. Posto che tutti gli Atti umani, assoggettati ad un ordine di leggi qualunque, possono in fatto essere *conformi* o *difformi* all'ordine stabilito; e posto che un Legislatore vuole eseguito l'ordine stesso, prevenuto, escluso o rimediato il disordine: ne segue ch'egli con la sua autorità non può avvalorare che gli Atti conformi; e per lo contrario deve privare di effetto, prevenire, proibire, reprimere, e talvolta anche punire gli Atti contrarj. Questa intenzione e providenza si estende ed accompagna ogni specie di leggi e di Atti interessanti la vita sociale. Di fatto noi vediamo la prova nel régime costituzionale in punto di competenza (come lo abbiamo osservato nella Nota III.); noi la vediamo pure in tutto l'ordine delle cose civili contemplate dal Codice Napoleone, in quello della procedura civile, della procedura penale, nelle materie di commercio, in somma in ogni maniera di

(1) Desquiron, *Trattato della prova testimoniale in materia civile,* Cap. V.

legge statuente su 'l diritto, su l'azione, su le prove, e sopra ogni altro oggetto contemplato dalle leggi.

Ma volendo noi avvicinarci all' argomento contemplato nel nostro Trattato, osserveremo che in tutte le riflessioni su la qualità e l'efficacia degli Atti, siccome dobbiamo fare astrazione dai rapporti di *mero fatto* per restringerci ai rapporti di *ordine legislativo e civile* (nei quali gl' interessi e le forze umane vengono diretti da leggi positive, e debbonsi esercitare sotto l' impero di un Governo regolare); così abbiamo sempre in mira di stabilire un' *azione* o una *eccezione legale*.

Fissata questa mira, non solamente è cosa interessante il conoscere i titoli di validità o nullità degli Atti, ma eziandío tutte quelle cagioni, le quali o in tutto o in parte, o temporaneamente o perpetuamente, somministrano o tolgono l'*azione* o la *eccezione*. Più ispezioni pertanto si presentano a questo proposito. Le prime si possono dire *antecedenti*; le seconde *conseguenti*. Le ispezioni antecedenti si riducono a tre.

La prima si aggira su la *qualità* dell'Atto considerato in sè stesso, in quanto può essere *capace* o *incapace* a produrre un' *azione* o una *eccezione*.

La seconda ha per oggetto l' *interesse* sì personale che sociale, pe 'l quale importa di attivare, estendere o limitare la facoltà di esercitare una data *azione* o una data *eccezione*.

La terza ha per oggetto la *potenza* o l' *impotenza legale originaria* della parte interessata, a nome proprio od altrui, a spogliarsi del titolo, o a rinunziare all' esercizio dell' *azione* o della *eccezione*.

La prima ispezione importa i seguenti tre punti di ricerca; cioè:

1.° L'*Atto* è egli originariamente *valido* o *nullo?*

2.° Quando sia originariamente *valido*, è egli o no *concludente* a produrre la data *azione* o la data *eccezione?*

3.° Nel caso che si scopra *valido* e *concludente*, è egli o no *maturo?*

La seconda ispezione importa parimente questi tre punti di ricerca; cioè:

1.° L' *interesse* suddetto è egli *publico* o *privato?*

2.° Quando sia *publico*, appartiene esso alla *ragione civica* o alla *ragione di Stato?*

3.° Quando sia *privato*, si restringe esso ai soli *individui*, fra i quali passò l'*Atto*, o si estende anche *a terzi* non intervenuti all'*Atto?*

Le ispezioni *conseguenti* hanno per oggetto tutte le cagioni, le quali o per fatto della legge, o per quello dell' uomo, avuto riguardo alla competente sua facoltà, possono togliere, interrompere o modificare l' esercizio di un' *azione* o di una *eccezione* anche concludente e matura.

Questa ispezione abbraccia molti punti di ricerca. Essa riguarda il *tempo*, dentro il quale la legge permette di esercitare l' *azione* o la *eccezione*. Essa si estende a tutti i *modi volontarj*, co' i quali, per un consenso espressamente o tacitamente prestato, taluno si priva di un diritto a lui competente.

Non è mia intenzione d' esaurire di proposito queste ispezioni; a me basta offrire un semplice *prospetto*, nel quale si comprenda precisamente il posto oc-

cupato dai titoli delle *nullità*, e le rispettive affinità e relazioni che questo argomento può avere con altri oggetti di Diritto: senza ciò la cognizione delle cose non sarebbe completa. Sembrami che a guisa di una Carta geografica, in cui fu presentato un paese particolare, si debbano segnare i paesi finitimi, e per tale maniera facilitare la cognizione del posto ch' esso occupa nell' orizonte universale del globo.

Ma sebene io non intenda trattare di proposito le cose, ciò non ostante parmi conveniente soggiungere alcune brevi annotazioni esplicative dell' esposto *prospetto*.

Nella prima ispezione l' Atto si considera *in sè stesso*, in quanto per legge può essere capace o incapace a produrre un' *azione* o *eccezione*. E qui, esaminando le due ipotesi della *validità* e *nullità*, è da avvertirsi che nel caso della nullità comprovata cessa la necessità di ogni ulteriore indagine. La nullità dell' Atto produce la di lui incapacità assoluta per qualunque ulteriore effetto di Diritto.

Non è così allorquando si pronuncia la *validità* dell' Atto; perocchè quantunque esso sia in sè stesso *valido*, pure può essere *inconcludente* a produrre una data *azione* o *eccezione*. Così, per esempio, un testamento contenente la confessione di un debito può essere validissimo come Atto testamentario; ma inconcludente a stabilire un titolo di debito, il quale può soffrire tutte le contrarie eccezioni di mancanza di causa, e di errore. Quest' Atto pertanto sarebbe inconcludente a fondare un' azione di credito per parte di colui, a favore del quale fosse emanata la confessione. Ecco perchè, anche posta la validità dell' Atto, si ricerca la sua concludenza, onde fondare un' azione legale.

Ma posta anche la validità e concludenza dell'Atto, può accadere che l'esercizio del diritto non possa ancora aver luogo in forza di una condizione che si deve ancora purificare, o di un tempo che ancora deve scadere. Quindi deve attendersi tanto la purificazione della condizione, quanto la scadenza del tempo, onde rendere esercibile il supposto diritto, e quindi produrre l' azione. Senza ciò la parte, contro la quale si proponesse una dimanda, potrebbe giustamente opporre la *carenza di azione*, malgrado la validità e la concludenza dell'Atto che serve di fondamento all'azione medesima.

Quindi nel caso della validità dell'Atto ognuno intende che l'*azione* non si produce immediatamente *ipso jure*, come nel caso della nullità si produce immediatamente *ipso jure* la *eccezione*.

Ecco la ragione per la quale furono proposti i ricordati punti di ricerca, nel caso che un Atto venga riconosciuto come valido.

Passando ora alla seconda ispezione, debbo osservare che i punti di ricerca ch' essa contiene sono importanti, non tanto per le conseguenze che ne derivano, ma molto più per le incertezze e le perplessità che regnano tuttavía nella Giurisprudenza, come altrove fu notato. La sola distinzione di nullità in *assolute* e *relative* non basta a dar ragione, nei rispettivi casi pratici, dell'uso e dell' applicazione delle nullità, e delle cagioni che le fanno cessare. Imperocchè, come si è veduto, hannovi delle nullità *assolute* d' interesse o di ordine publico

sanabili mediante il fatto libero della parte privata; ed altre ve n'hanno, le quali non sono suscettibili di questo rimedio. Dunque il solo carattere di *assolute* non è decisivo per regolare la facoltà di usarne o di sanarle. Dunque dev'esistere una qualità subalterna che induca questa differenza. Dove troveremo noi questa qualità subalterna e decisiva?

Certamente non la possiamo riscontrare che nei caratteri reali delle relazioni publiche, le quali variando i rapporti d'interesse, ne variano pur anche i risultati che ne derivano.

Ora egli è certo che le relazioni publiche sono di due specie. Le prime si possono dire *relazioni publiche politiche* o *di Stato;* le seconde *relazioni publiche civiche* o *sociali.* Le prime sono inerenti alla persona unica ed individua dello Stato, considerato come persona morale, vestito d'una vera ed individuale unità, per cui si considera aver esso dei diritti e dei doveri verso sè stesso, ed aver pure degl'interessi così proprj ed esclusivi della considerazione dei singoli individui che lo compongono, talchè quest'individui spogliati dell'unità complessiva propria a tutto l'aggregato retto da un Governo, non potrebbero presentare alcun titolo di ragione veramente publica di Stato. Così il fenomeno della vita animale e lo stato prospero di salute dell'individuo è tanto legato all'unità dell'organizzazione, all'equilibrio delle forze, all'armonía delle funzioni di tutti gli organi, che la vita e la sanità dell'universale non potrebbe riguardarsi come proprietà o effetto di un organo particolare, ma bensì come risultato indivisibile del tutto così disposto, e non altrimenti.

Sotto questo punto di vista considerato l'*interesse*, s'intende esservi un interesse publico di Stato totalmente distinto da quello del privato, considerato o individualmente, o come semplice frazione di un aggregato.

Questo interesse, fondato su la individua personalità del Corpo politico, ed avente per suo oggetto la utilità indivisibile del tutto, non potrà mai soffrire una legitima alterazione del fatto privato. Quell'interesse che ne può avere il privato, come uno degli elementi del tutto, può bensì agire per conservare l'ordine, ma non mai per rinunziare al comun bene risultante dall'ordine medesimo. È dunque inviolabile sì fatto interesse; e quindi le nullità pronunciate in conseguenza saranno di assoluta ragione publica politica, ossia di Stato, inalienabile ed incapace di rinunzia. Tali sono appunto le *nullità assolute* per motivo di competenza; poichè l'ordine delle competenze appartenendo alla costituzione dello Stato, non può essere padroneggiato da alcun privato o da alcuna autorità. Dunque essi sono spogliati delle facoltà di sanare questa violazione mediante un atto della loro volontà.

L'altra specie di relazioni publiche, che denominammo *civiche* o *sociali,* presenta bensì un aspetto di *unità complessa,* che rassimiglia in parte a quello delle relazioni politiche o di Stato, ma non presenta la stessa indivisibilità d'interesse. Io mi spiego. L'idéa di *publico* o di *publicità* è talmente complessiva di tutti i membri d'un aggregato sociale, che nel suo concetto non limitandosi a parte alcuna singolare, esclude per ciò stesso qualunque detrazione della medesima. E sebene in atto pratico non avvenga una universale partecipazione di

una cosa che dicesi *publica,* ciò non ostante la semplice facoltà accordata a tutti di parteciparne basta per attribuire ad una cosa il carattere di *publicità*. Quindi l'aggregato intiero è il soggetto fondamentale della *publicità*. Questa idéa è talmente semplice ed individua, che non ammette nè divisione, nè limitazione.

Sotto questo aspetto le relazioni publiche *civiche* rassimigliano alle relazioni publiche *politiche,* ossia *di Stato*.

Una importante differenza però vi ha fra le une e le altre riguardo alle funzioni interessanti, perchè appunto passa differenza fra un semplice aggregato ed un corpo morale. Certamente l'idéa di *publicità* non esclude veruna frazione dell'aggregato, come quella di un corpo morale non esclude verun membro; ma nell'aggregato altro non si vede che una semplice *somma* d'interessi e di azioni singolari, dovechè nel corpo morale vedesi una vera *unità*, derivante dalla *convergenza* e dal *collegamento* che modifica e predomina così ogni parte, che ne fa sorgere un terzo *risultato,* che non si può trovare che nel *tutto*. Questo terzo risultato indivisibile è appunto l'*interesse* escludente l'idéa di *somma*.

È dunque manifesto che le semplici relazioni publiche, se da una parte offrono un aspetto rassimigliante alle relazioni politiche, dall'altro canto presentano un aspetto totalmente diverso, inducente conseguenze importantissime pure diverse.

Riguardando le cose rispetto all'*interesse*, di leggieri si comprende esservi un interesse publico semplicemente *civico*, totalmente diverso dall'interesse publico *politico*. Il primo si risolve e va a finire nella persona di ogn'individuo, niuno escluso (nel che appunto consiste la *publicità*); il secondo si risolve nell'unità personale dello Stato, e va a finire in tutto il corpo così, che ogni singolo individuo non partecipa al medesimo che come elemento cooperatore in tutto il sistema. Nel primo caso, benchè il beneficio sia compartito a tutti, a guisa del Sole che spande i suoi raggi sopra tutte le produzioni della terra; ciò non ostante il frutto che viene raccolto è totalmente proprio di ogni singolare, e si può da ogni singolare pure rinunciarvi. Nel secondo caso, per lo contrario, il frutto viene raccolto da tutto il corpo unito, ed il particolare non può rinunciare allo stato suo, nè a quella parte di ordine pe'l quale a lui proviene il beneficio; come la mano e il ventre non possono rinunciare al loro stato d'integrità e di salute, perchè ne deriverebbe detrimento, dolore, infermità e morte a tutto l'individuo.

Se dunque all'osservanza di un ordine determinato di ragione publica civica fu annessa dal Legislatore la validità di certi Atti, e se alla loro violazione fu annessa la nullità, egli è facile comprendere poter esso accordare la facoltà all'individuo di rinunciare a sì fatte nullità, comunque assolute e di ordine publico; postochè il privato poteva rinunciare al beneficio introdotto in suo favore, benchè esteso a tutti gli altri membri dell'aggregato.

Ecco come si verifica esservi nullità *assolute* di ordine publico suscettibili di rinuncia, e le quali per ordinazione di legge non si possono più far valere allorchè il privato, potendo opporle dentro un certo tempo e sotto certe condizioni stabilite dalla legge, omise di farlo.

La legge poi dovette stabilire questo tempo e queste condizioni in vista di un prevalente interesse parimente publico, al quale dentro i limiti della necessità deve cedere il privato.

Ritenuta l' idéa totale dell' *ordine publico* nella sua generalità, e tracciata la differenza fra l' *ordine civico* e *politico*, come criterio necessario per distinguere le nullità che spettano all' uno e all' altro ordine, rimane ora a vedere ciò che appartiene all' *ordine privato*. Ognuno intende che l' idéa di *ordine privato* è un' idéa di risultato, e direi quasi negativa. Essa esprime tutto ciò che non è publico, quantunque grande sia il numero delle persone al quale questa idéa si estenda. Dal momento che in fatto od in potenza non si abbraccia un intiero aggregato, essa esprime il concetto che dicesi *privato*. Ma in questo concetto si può benissimo figurare un interesse *comune* a tutti gl' individui che compongono una parte maggiore o minore dell'aggregato, e si può figurare del pari un interesse così *proprio* e limitato a due o più persone che convengono in un dato oggetto, che l' interesse e gli effetti di diritto non oltrepassino o non debbano oltrepassare le persone medesime.

Quì dunque nasce la distinzione fra un interesse che padroneggia la ragione privata di tutta una parte particolare (nella quale il fatto di alcuni singolari non sia decisivo per togliere agli altri l' interesse ossia il diritto contemplato), ed un interesse così limitato a questi singoli che convennero in un dato Atto, che a buon diritto non possa venire esteso a terzi che non intervennero, e che per conseguenza lasci a questi singoli tutto l' impero di attivare o di togliere un' *azione* o una *eccezione*.

Poste queste condizioni, se la legge avesse nei rispettivi casi pronunciata qualche nullità, ne seguirebbe la distinzione fra le *nullità di ordine privato comune* e le *nullità di ordine privato individuale*. Le prime si potrebbero in qualche guisa chiamare *assolute* per tutta quella parte d' individui, a favore dei quali furono stabilite ; le seconde sarebbero *rispettive* a quelle sole persone che intervennero nell'Atto, e per le quali naque un esclusivo interesse.

Giustificata così la partizione sovra recata, io domando se debba sussistere e valere la norma comune di qualificare le *nullità assolute* e *relative* dietro la nuda e vaga idéa dell' *interesse*, spoglia di quella delle *relazioni* sopra distinte ed annoverate. Non è forse vero che, posta quest' idéa, rendesi impossibile il discernere i veri punti di differenza che debbono determinare la qualità e la facoltà di usare e di rimediare alle nullità stabilite dalla legge ? Ognun vede essere impossibile il determinare in astratto una tale separazione d' interessi, per la quale ne derivi necessariamente una distinzione di rapporti che facia variare l' applicazione, la forza e l' estènsione delle nullità. Non è forse vero che in tutte le relazioni sì publiche che private noi non incontriamo finalmente che uomini singolari ? L' ordine publico sì politico che civico non è forse stabilito unicamente a beneficio di questi stessi uomini singolari ? È dunque mai possibile in un ordine publico, quàntunque eminente, di non ravvisare un interesse di questi stessi uomini singolari come unico motivo per cui l'ordine stesso fu stabilito e devesi mantenere ? In tutto il sistema pertanto sì publico che privato, or-

dinato e mantenuto dalle leggi e dal Governo, incontriamo ad ogni passo questo interesse; come incontriamo in ogni luogo della terra un'atmosfera uniforme che ne circonda, sia che viviamo isolati, sia che versiamo in una popolosa città.

La conseguenza del fin quì detto si è, che la nuda considerazione dell'*interesse* non ci può servire di lume diretto onde determinare i caratteri efficaci delle *nullità*, in relazione alla facoltà di usarne o di rimediarvi.

Per lo contrario consultando lo stato reale delle cose, dal quale si determinano i diversi diritti, vale a dire assumendo come criterio le differenti relazioni sopra notate, si riesce a togliere qualunque confusione e perplessità; perchè si fa uso dei caratteri distinti ricavati dallo stato reale delle cose, e si soddisfa così alle diverse dottrine pratiche avvalorate dall'autorità.

Volendo quindi qualificare le nullità sia radicali sia accidentali sotto il rapporto del diritto di usarne o di non usarne, crederei più conveniente di qualificarle nella seguente maniera.

1.° Le *nullità* altre sono di *ordine publico* ed altre di *ordine privato.*

2.° Quelle di *ordine publico* altre sono di *ordine politico* o *di Stato*, ed altre sono di *ordine civico.*

3.° Quelle di *ordine privato* altre sono di *ragione comune*, ed altre sono di *ragione particolare.*

Posti questi caratteri, le conseguenze che ne derivano rispetto alla facoltà di usarle o non usarle, di rinunciarvi o no, di sanarle o no, sono ovvie, limpide e sicure; cessa così ogni confusione e perplessità, e si prevengono nei Giudici tutti gli arbitrj illegali.

Una sola annotazione speciale ci rimane quì a soggiungere, e questa riguarda la procedura penale. Ivi, come fu già avvertito, si caratterizzano quali *assolute* tutte le nullità espressamente pronunciate dalla legge; ed ivi pur anche si fissa un termine, dentro il quale la parte publica o privata, interessata ad opporre sì fatte nullità, ne può far uso. Ciò nasce dall'indole propria di questo sistema di Legislazione. A prima giunta pare che certe formalità non debbano interessare che la persona dell'imputato sottoposto a procedura; ma, considerando le cose più profondamente, si scopre che prima della Sentenza l'ordine della procedura interessa veramente ogni cittadino, non solamente come mezzo onde soddisfare all'ordine penale, cioè per prevenire con l'esempio l'avvenimento del delitto, ma eziandío per non confondere un reo con un innocente. Una illegale condanna, per mancanza di quelle cautele le quali assicurano che un dato individuo è veramente o più probabilmente autore o complice di un dato delitto, farebbe giustamente impallidire qualunque uomo probo sicuro della sua coscienza; e però nelle forme che assicurano la scoperta di un reo vede ognuno una garanzía della propria libertà. Sommo è pertanto l'*interesse* comune nello stabilimento e nell'osservanza di sì fatte forme; e sebene appariscano a prima vista rivolte al solo imputato, ciò non ostante si scopre ch'esse sono doppiamente di publico interesse, e con tutta ragione la violazione loro deve produrre una *nullità assoluta*, cioè una tale nullità che interessi l'universalità degl'individui che obediscono al Codice emanato.

Se dunque la parte ha diritto di farle valere, l'Officiale publico, incaricato a difendere gl' interessi di tutta la società, deve opporle ogni qual volta siano commesse; e nel silenzio stesso della parte e del publico ministero i Giudici debbono dichiararle, e pronunciare in conseguenza ciò ch' è di ragione. Niuna rinuncia è valida a nome della società; anzi sarebbe una vera prevaricazione, per parte di coloro che sono obligati a difenderne gl' interessi, l'omettere questa difesa, la quale anche a Sentenza fatta e passata in giudicato viene addossata alla Corte di Cassazione.

SOPRA
LE RENDITE PERPETUE

QUESTIONI DI DIRITTO

Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* dell'anno 1812, Tom. V. pag. 52 a 117.

Il censo perpetuo, ma redimibile, costituito alla forma della Bolla del Pontefice Pio V., non è contemplato dal Codice civile, art. 529. 530. 1909 *e seg., ove tratta delle rendite perpetue: onde non è applicabile ad esso l'art.* 1912., *che per la mora biennale nel pagamento dei frutti dà diritto al creditore di ripetere il capitale* (1).

(Fra Usilio e Baccarini)

FATTO

§ 983. « Fino dall'anno 1769 Salomone Usilio di Modena creò un censo perpetuo del capitale di lire italiane 1918 alla forma della Bolla del Pontefice Pio V. a favore del sig. Brunetti, indi accollato al signor Biagio Baccarini domiciliato in Campagagliano, per il quale fu reso debitore verso l'Usilio. »

« Il Baccarini dopo l'attivazione del Codice Napoleone essendosi reso debitore della rendita censuaria, ed essendo stato per due anni moroso al pagamento, fu convenuto giudizialmente dal creditore Usilio avanti la Corte di Giustizia civile e criminale di Modena, affinchè, in conseguenza dell'art. 1912. del Codice Napoleone, fosse condannato alla restituzione del capitale ed al pagamento delle rendite scadute. »

« La suddetta Corte di Giustizia con sua Sentenza del 12 Agosto 1809 accolse la dimanda dell'attore per l'uno e l'altro capo. Il Baccarini appellò da questa Sentenza alla Corte d'Appello di Bologna, dimandando che fosse rivocata la detta Sentenza in quella parte che lo

(1) Vedi questo Giornale, Tom. XI. pag. 192, dov'è riportata questa stessa Decisione.

condanna all'affrancazione di detto capitale, riconoscendo giusta la dimanda degli scaduti interessi. »

« La sostanza delle ragioni tanto dell'appellante quanto dell'appellato, ed il tenore del Giudicato della detta Corte d'Appello, si rilevano dalla seguente »

DECISIONE TESTUALE.

« La Corte d'Appello sedente in Bologna, Dipartimento del Reno, ha pronunciato la seguente Decisione fra l'appellante sig. Biagio Baccarini possidente domiciliato in Campagagliano, patrocinato dal dott. Filippo Leone Ercolani, e l'appellato sig. Salomone Usilio, di professione banchiere, domiciliato a Modena, patrocinato dal dottore Francesco Gualandi. »

« Il patrocinatore dell'appellante concluse perchè, ammessa la sua appellazione, fosse rivocata la Sentenza, proferita dalla Corte di Giustizia civile e criminale di Modena il 12 Agosto 1809, in quella parte che lo condanna all'affrancazione d'un capitale di censo nella somma di lire 1918, delle quali il suo cliente qual accollatario Brunetti va debitore al cessionario Salomone Usilio, condannando l'appellato nelle spese. In appoggio di queste due conclusioni disse, che sebene il suo cliente fosse stato moroso a pagare i frutti dello stesso censo per due intieri anni dopo l'attivazione del Codice Napoleone, tuttavía non poteva a questo suo fatto applicarsi la massima stabilita dall'art. 1912. del Codice Napoleone: massima che riguardava un contratto di natura tutto diversa dal censo, per cui non poteva senza la massima ingiustizia, e senza dare alla legge un effetto retroattivo, ordinare che per la sua morosità al pagamento dei frutti per il corso di due anni dovess' essere obligato a francare la sorte del censo, e perdere così tutti gli effetti della Bolla piana, della legge del contratto, in forza delle quali il suo cliente acquistò il diritto di non potere mai essere molestato, ed obligato, anche per morosità al pagamento dei frutti, alla francazione del censo. Per tali ragioni insiste nelle sopra spiegate sue conclusioni. »

« Il patrocinatore dell'appellato concluse perchè, rigettata la contraria appellazione, fosse in tutte le sue parti confermata la reclamata Sentenza, e l'appellante fosse condannato in tutti i danni, spese ed interessi. In appoggio di queste sue conclusioni disse ch'era certo che i motivi di difesa in contrario dedotti erano tutti basati su 'l fatto; che l'utile questione da farsi nel merito di questa Causa era il vedere se il contratto di censo era lo stesso che quello della rendita perpetua; che

poco ci voleva a conoscere questa piena uniformità, qualora si fosse osservato che gli estremi dell' uno erano pure comuni e perfettamente eguali a quelli dell'altro; che perciò la rendita perpetua non era che il censo, e che quella era in questo compresa, come specie nel genere. Da ciò dedusse, che il diritto di poter esigere la francazione della sorte per la morosità al pagamento dei frutti per il corso di due anni era una semplice ed accidentale modificazione delle cose cadenti sotto una disposizione di legge, che dev' essere su 'l momento operativa; e che la medesima doveva potersi verificare senza vizio di retroazione. Per tali ragioni insiste nelle sue conclusioni. »

« In fatto è certo che Biagio Baccarini è debitore di un censo al sig. Salomone Usilio, ch' è stato moroso per due intieri anni al pagamento dei frutti dopo l'attivazione del Codice Napoleone. »

« In Diritto è da decidersi se questa mora sia o possa essere contemplata dal Codice Napoleone; se le disposizioni dell' art. 1912. del Codice stesso siano applicabili ai censi creati sotto il régime della Bolla piana; e se perciò la reclamata Sentenza meriti d'essere confermata, riformata, o rivocata. »

« Udite le parti nell' Udienza del dì 6 Febrajo, tenuta dalla Corte in Sezioni riunite, a norma delle istruzioni contenute nelle due Circolari di S. E. il sig. Conte Senatore Gran-Giudice Ministro della Giustizia dei 12 Novembre 1808 e 24 Febrajo 1810; »

« Sentite nell'altra Udienza del dì 29 Marzo le conclusioni del sig. Regio Procuratore generale, tendenti alla conferma della reclamata Sentenza; »

« Considerando che l'articolo del Codice Napoleone, per cui il debitore di una rendita costituita in perpetuo può essere costretto alla redenzione se cessa dall'adempiere i suoi oblighi pe 'l corso di due anni, è relativo al mutuo ad interesse, ossia stabilimento di rendita acquistato con un capitale irrepetibile, di cui parla il Cap. III. Tit. X. Lib. III., in cui resta compreso quell'articolo; »

« Considerando che per l'art. 1107. del detto Codice le regole particolari per certi determinati contratti, stabiliti sotto i loro titoli relativi, non sono applicabili ad altri contratti diversi; »

« Considerando che il censo creato con la forma della Bolla piana, qual è il controverso creato fin dall' anno 1769, non è contemplato in veruna parte dal Codice Napoleone, ed è ben diverso dal mutuo ad interesse o stabilimento di rendita perpetua, di cui parla l'art. 1912., poichè la costituzione sopra un fondo determinato, la perenzione del censo

per la perenzione del fondo, la redimibilità in arbitrio del debitore non limitabile per patto ad alcun tempo, la irrepetibilità per parte del creditore non limitata per patto nè meno al caso di mora nel debitore, sono queste qualità proprie e sostanziali del censo, e niuna di esse si verifica nel mutuo ad interesse, ossia stabilimento di rendita perpetua contemplato nel Cap. III. Tit. X. Lib. III. del Codice Napoleone; »

« Considerando che il Codice Napoleone non può aver contemplato tutte le rendite perpetue in generale, fornite anche di qualità diverse, poichè altrove, cioè negli art. 529. e 530., parla di altre rendite perpetue costituite sopra beni stabili, e così alquanto più analoghe alla natura del censo controverso, dichiarandole bensì redimibili, ma però senza dichiarare repetibile il capitale per mora del debitore; »

« Considerando che a queste rendite perpetue, costituite sopra beni stabili, non sono applicabili le disposizioni del Cap. III. Tit. X. Lib. III., poichè oltre il non doversi applicare a contratti diversi le regole particolari di ciascuno per il citato art. 1107., trovandosi nell'art. 530. disposizioni diverse dalle altre, cioè la libertà del creditore di stabilire le clausole e le condizioni del riscatto, e di stipulare la irredimibilità fino a trent'anni, quando che nelle rendite perpetue, acquistate co 'l riscatto del mutuo, niuna libertà si concede al creditore di stabilire le clausole e condizioni del riscatto, e il patto della irredimibilità è limitato ai soli dieci anni, come prescrive l'art. 1912.; »

« Considerando che se l'art. 1912. non è applicabile alle rendite perpetue costituite sopra beni stabili contemplati negli articoli 529. e 530., molto meno può applicarsi ai censi, i quali per l'art. 2. dello stesso Codice, e per l'art. 30. del Sovrano Decreto, posto in fronte del Codice medesimo, non restano compresi nella nuova legge, che non ne fa la menoma menzione, e restano perciò soggetti alle leggi precedenti; »

« Considerando che il censo controverso fu creato in Modena nel 1769, anteriormente anche al Codice Estense, e fu creato alla forma della Bolla piana per espressa convenzione dei contraenti, come portava allora la generale consuetudine in Modena; »

« Considerando che la Bolla piana proibisce espressamente la repetibilità della sorte del censo per la mora del debitore nel pagamento di frutti, anzi proibisce ancora qualunque patto penale anche a titolo di danni ed interessi per la sola mora del debitore; »

« Considerando che i Tribunali, giudicando a termini della Bolla piana, non hanno mai permesso la repetibilità della sorte per sola mora del debitore; »

« Considerando che nè meno il Codice Estense permetteva la repetibilità della sorte per mora del debitore, benchè per altre cause la permettesse; »

« La Corte ammette l'appellazione, e riformando l'appellata Sentenza, la revoca nella prima parte relativa al capitale del censo, assolvendo Baccarini dall'azione intentata dall'Usilio; e la conferma nella seconda, condannando Baccarini al pagamento di tutte le annualità decorse e non pagate. »

« Giudicato li 31 Maggio 1811. »

DISCORDANZA

Il est toujours dans la puissance du Législateur de régler, pour l'avenir, le mode d'exécution des contracts, et de substituer le mode qui convient au sistème général qu'il établit, à des modes particuliers qui ne seraient pas en harmonie avec le sistème général.

En général de ce que les lois nouvelles doivent être appliquées sans effet rétroactif (Cod. Nap. art. 2.), et de ce qu'elles ne doivent porter aucun atteinte *aux conventions expresses ou tacites; il ne s'ensuit point que les lois nouvelles ne puissent régler l'exécutions des conventions antérieurs, surtout lorsque cette exécution se compose d'Actes qui doivent se renouveller à perpetuité.*

L'art. 1912. du Code Napoleon, qui autorise le créancier d'une rente perpétuelle à contraindre au rachat le debiteur qui, pendant deux ans, a négligé de servir les arrerages, est applicable aux rentes constituées antérieurment au Code Napoleon (même dans le cidevant Piemont); il suffit que la négligence dans le service des arrerages ait eu lieu depuis le Code.

(Tra il Seminario di Tortona contro Molinelli)

§ 984. « In forza di un contratto 19 Febrajo 1794 Molinelli ha costituito a vantaggio del Seminario dei chierici di Tortona, su degl'immobili che furono designati, un censo annuo, perpetuo e redimibile, di lire 175 piemontesi, mediante un capitale di lire 3500 pure piemontesi. »

« È da notarsi che in forza di questo contratto, stipulato in conformità della Bolla del pontefice Pio V., il capitale era irredimibile a piacere del creditore, e redimibile a piacere del debitore; talchè però era

libero a lui d'alienare il fondo su 'l quale il censo era imposto, ed il debito passava co 'l fondo medesimo al terzo acquirente, senza cangiare la natura primitiva del contratto; e però nel caso della mora del debitore del censo a pagare la convenuta prestazione, ossia meglio gl'interessi, ed in difetto di pagamento effettivo, si agiva con azione reale su 'l fondo censito pe 'l rimborso solamente dei frutti arretrati. Questo giudizio si risolveva nell' immissione di possesso in Salviano del creditore, al quale si accordava il diritto *de utendo et fruendo donec et usquequo satisfactus fuerit*, senza che mai o il creditore potesse agire per la ricupera del suo capitale, o il debitore potesse essere spogliato della proprietà del fondo censito. »

« Molinelli, di già in mora per il pagamento degli arretrati al momento della publicazione del Codice Napoleone, lasciò scorrere dopo questa publicazione più di due anni senza pagare la rendita. Perciò il Seminario convenne giudizialmente il Molinelli avanti il Tribunale di prima Istanza di Tortona il 25 Agosto 1808, per vederlo condannato al pagamento di 2170 lire per arretrati scaduti sino al 19 Febrajo precedente, ed al rimborso del capitale, di conformità all'art. 1912. del Codice Napoleone. »

« Molinelli rispose a queste due dimande, chiedendo che la rendita doveva essere ridotta all'ultimo quarto, cioè al 4 per 100, conformemente alle leggi vigenti al tempo in cui essa era stata creata. Oppose inoltre di non poter essere costretto al rimborso del capitale, in virtù dell'art. 1912., d'una parte di questa rendita, perchè essa era di una natura differente da quelle ricordate nell'articolo suddetto; dall'altra perchè essa era stata costituita avanti il Codice, sotto l'impero ed in conformità della Bolla del papa Pio V., secondo la quale il debitore non poteva essere costretto al riscatto, sotto alcun pretesto, anche per qualunque ritardo nel pagamento degli arretrati; che da ciò risultava un diritto acquisito, del quale non poteva essere privato in forza dell'articolo 1912., senza dare un effetto retroattivo a questo articolo. »

« Con Sentenza dell' 8 Giugno 1809 il Tribunale di prima Istanza rigettò queste eccezioni, e condannò Molinelli al rimborso del capitale ed al pagamento degli arretrati della rendita, senz' alcuna riduzione. »

« Sopra appello di Molinelli, con Decisione 6 Giugno 1810, la Corte d'Appello di Genova ha ridotto la rendita al 4 per 100, ed ha assolto Molinelli dalla restituzione del capitale. »

« I motivi per la riduzione furono: che all'epoca in cui la rendita era stata creata, era proibito, dopo un ordine del Re di Piemonte, di stipu-

lare nei contratti di censo gl'interessi al di sopra del 4 per 100; e su l'inesigibilità del capitale, che la Bolla di Pio V., volendo togliere ogni sospetto di usura, aveva sancito, dando al contratto di censo una sostanza ed una forma particolare, secondo le quali l'uno dei contraenti vendeva e rimetteva all'altro, mediante una somma principale, il diritto di percepire su l'immobile assegnato una rendita annua, perpetua e redimibile, talmente reale, che se l'immobile veniva a perire o diminuire, la rendita periva o diminuiva in proporzione per il creditore, ed in nessun caso il debitore non poteva essere costretto al rimborso del capitale, per qualunque motivo si fosse, anche di qualunque ritardo nel pagamento degli arretrati; che da ciò risultava da una parte, che il censo in questione era essenzialmente differente dalle rendite enunciate nell'art. 1912., e in conseguenza questo articolo era inapplicabile; che nello stesso tempo risultava, che nel costituire il censo in questione, conformemente alla Bolla di Pio V., le parti avevano convenuto che il debitore non potrebbe giammai essere obligato al riscatto, non ostante ogni ritardo al pagamento degli arretrati; che quello era un diritto ch'egli aveva acquistato; che non si poteva adunque privarnelo in virtù dell'art. 1912., senza dare a questo articolo un effetto retroattivo; che niente eravi in contrario ad indurre dall'art. 2151. del Codice, che non permette al creditore della rendita costituita di conservare con l'inscrizione il posto della sua ipoteca che per due anni di rendita ed il corrente, poichè il creditore può prevenire l'inconveniente, facendosi pagare le rendite a misura della loro scadenza; che in fine non eranvi più induzioni a trarre per analogía dalle altre disposizioni del Codice su l'inscrizione delle antiche ipoteche, il riscatto delle antiche rendite fondiarie, ed altre simili materie, perchè il Legislatore si è spiegato su di esse. All'opposto nell'art. 1912. egli ha lasciato le antiche rendite sotto il régime delle leggi, sotto le quali esse erano state costituite. »

« Il Seminario dei chierici di Tortona domandò la cassazione di questa Decisione per due motivi. »

« Il primo per violazione dell'art. 1912., in quanto che la Decisione ha rifiutato l'applicazione in specie. »

« Il Seminario disse che la rendita conosciuta nell'antico Piemonte sotto il nome di *censo* è della stessa natura di quella menzionata nel detto articolo; ch' essa è, come questa, annua, perpetua, redimibile, e costituita mediante un capitale che ne forma il prezzo; che le differenti condizioni, con le quali è d'altronde accompagnata, sono incapaci a snaturarla, ed a farne una rendita fondiaria, la quale non può stabilirsi che

mediante una concessione di fondi; che per conseguenza essa è essenzialmente la stessa che quelle che formano l'oggetto dell'art. 1912., e dev'essere retta da questo articolo; che poco importa ch'essa sia anteriore alla publicazione del Codice Napoleone, e ch'essa sia stata creata sotto l'impero della Bolla di Pio V., secondo la quale il debitore non poteva essere costretto al riscatto, sotto alcun pretesto di ritardo al pagamento degli arretrati; che l'art. 1912. è concepito in termini generali, e non distingue punto le rendite costituite avanti la sua publicazione da quelle create posteriormente; nè quelle create sotto leggi che dichiararono il capitale inesigibile in caso di negligenza del pagamento delle rendite, da quelle costituite nei paesi dove il capitale era esigibile, in caso anche di ritardo: che assoggettando le antiche rendite al riscatto, in caso di cessazione di pagamento degli arretrati durante due anni dopo la publicazione del Codice Napoleone, lungi che l'art. 1912. retroagisca su gli Atti anteriori, per lo contrario altro non fa che regolarne ed assicurarne l'esecuzione per l'avvenire; che il debitore, sempre padrone di conservare i vantaggi risultanti dall'alienazione del capitale, adempiendo questa condizione non può querelarsi d'una pena incorsa per un suo fatto, con piena conoscenza della legge che la pronuncia; che non si può contrastare allá legge il diritto di reggere l'esecuzione degli Atti e i fatti che seguono dopo la sua publicazione; che se fosse altrimenti, bisognerebbe accusare di retroattività viziosa le differenti disposizioni del Codice, le quali autorizzano il riscatto delle antiche rendite fondiarie irredimibili; quelle disposizioni che tolgono alle ipoteche anteriori, le quali non siano state inscritte dentro un dato termine, la loro primitiva priorità; e quelle finalmente che stabilirono nuove providenze, rese necessarie all'esecuzione di altri contratti. »

« Che finalmente se l'art. 1912. non colpisse del pari le antiche e le nuove rendite, i creditori delle antiche non avrebbero mezzo veruno di assicurarsene l'esecuzione; perocchè, a tenore dell'art. 2151. del Codice, essi non possono conservare mediante l'inscrizione il rango delle loro ipoteche fuorchè per due soli anni di arretrati e per il corrente anno. Oltre a ciò, sarebbe forza supporre nel Legislatore l'assurda intenzione di far concorrere durante secoli diversi Legislazioni differenti su la stessa materia; mentre, per vero dire, l'uniformità della Legislazione è il precipuo intento delle nuove leggi. Dal che segue, non potersi rivocare in dubio che l'art. 1912. sia applicabile senza distinzione tanto alle rendite costituite prima della sua publicazione, quanto a quelle create posteriormente. Si conchiude pertanto, che la Decisione

suddetta, ricusando al Seminario il rimborso della rendita di cui si tratta, ha formalmente violato quest'articolo. »

« Il secondo motivo è stato dedotto dalla contravenzione alla Bolla di Pio V., e da eccesso di potere in ciò, che la Decisione ha ridotto la rendita al 4 per 100. »

« Il Seminario ha sostenuto che questa Bolla e un Editto del Re, dell'11 Dicembre 1733, autorizzavano la stipulazione del censo in ragione del 5 per 100 all'epoca in cui la rendita, della quale trattasi, fu creata, e che alcuna legge non aveva derogato a questo Editto; che l'ordine dato dal Re nel 1768 non era giammai divenuto esecutorio, e non fu mai publicato nè eseguito segnatamente a Tortona, ch'era una provincia di conquista; che ivi si erano conservate le leggi che fissavano le rendite al 5 per 100; che per conseguenza, riducendo la rendita in discorso al 4 per 100, la Decisione aveva contravenuto alla Bolla di Pio V. e all'Editto del 1733. »

« Molinelli si rese contumace. Nulladimeno furono discusse ampiamente in Diritto le ragioni dell'una e dell'altra parte. Eccole. Trattasi dell'applicazione dell'art. 1912. del Codice Napoleone, portante: *che il debitore d'una rendita costituita e perpetua può essere costretto al riscatto tanto s'egli cessa di adempiere a' suoi obblighi durante due anni, quanto s'egli omette di somministrare le sicurtà promesse nel contratto.* »

« Si domanda se queste disposizioni siano applicabili al debitore d'una rendita costituita prima della publicazione del Codice per li fatti posteriori al Codice stesso. »

Osservazioni ed autorità del reo convenuto Molinelli per la negativa.

§ 985. « Che diverrebbe la libertà civile, se il cittadino potesse temere di dovere, in forza di una legge posteriore, render conto, dopo che un affare è finito, delle sue azioni, o d'essere turbato ne' suoi diritti acquistati? (Portalis nella *Esposizione dei motivi del Tit. I. del Codice Nap.*) Cosa si deve intendere con le parole *diritti acquistati?* — Ecco la risposta che dà su tale questione il sig. Merlin, Procuratore generale imperiale, nel suo *Nuovo Repertorio universale*, v. *Legge*, Tom. VII. pag. 561. Ascoltiamo, egli dice, Tobias-Jacob Reinharth nelle sue *Selectae observationes ad Christinaeum*, Tom. I. Observ. XLIX. n.° 5. *Quaecumque negotia jam ante legem novam latam, quoad essentiam*

suam, fuerunt perfecta, licet consummationem suam suosque effectus ab actu demum post legem novam futuro eoque non extensivo, adhuc expectent, ea ad praeterita omnino referenda sunt, adeoque ex anterioribus legibus, nequaquam vero ex nova lege lata dijudicanda, modo non integrum sit negotium juxta nova legis placita emendandi et perficiendi. »

« Gluch nel suo *Commentario su la Giurisprudenza forense dell'Helfeld*, Tom. I. § 21., dice egualmente: = Affinchè un Atto, l'effetto del quale dipende da un avvenimento futuro che si compie con un solo fatto (*ob actu post legem novam futuro eoque non extensivo*), possa essere considerato come un Atto passato, e perciò a noi sia proibito applicargli la nuova legge, abbisogna che non sia più possibile di apportare alcun cangiamento all'Atto di cui trattasi, e di modificarlo secondo la nuova legge, senza ledere il diritto legitimamente acquistato da un terzo. Per esempio: un nobile mi ha lasciato a titolo di legato una terra dopo la sua morte; ma prima che l'erede instituito abbia accettata la successione si publica una legge nuova, la quale proibisce che le terre dei nobili passino nelle mani de' plebei. Ora si domanda se la nuova legge sia applicabile al legato in questione. Io credo di no. Con la morte del testatore, ch'ebbe luogo prima della publicazione della nuova legge, il testamento del defunto *aveva ottenuta tutta la sua perfezione, ed io aveva acquistato un diritto su l'immobile.* L'Atto adunque deve essere considerato come anteriore alla legge; perchè il diritto che io ho di riclamare la terra non è subordinato che all'accettazione della successione, e la legge nuova nè può nè deve privarmi di questo diritto acquisito. Non sarebbe lo stesso se la legge fosse stata publicata avanti la morte del testatore. = L'autore aggiunge, che non si deve applicare la nuova legge *agli Atti anteriori, quantunque condizionali.* »

« Ne' tempi in cui il prestito ad interesse era proibito dalle Ordinanze, era ben inteso dalle parti che il capitale fosse perpetuamente alienato; ch'era un fondo perduto pe 'l creditore; che non diverrebbe giammai esigibile per parte sua: così gli autori chiamavano il creditore *acquirente*, ed il debitore della rendita *venditore*. Che il capitale alienato fosse un fondo perduto pe 'l creditore della rendita, questa verità è incontrastabile per il tempo nel quale il prestito ad interesse era proibito dalle Ordinanze; per il tempo in cui l'inesigibilità del capitale era d'essenza del contratto di costituzione di rendita in perpetuo. Ora la sola mancanza del pagamento degli arretrati della rendita, costituita a motivo di un capitale alienato a titolo di fondo perduto, non autorizza

a dimandare il rimborso del capitale. Questo principio, che consacra l'art. 1978. del Codice Napoleone relativamente ai contratti della rendita vitalizia, questo principio si applica evidentemente alle antiche costituzioni di rendita in perpetuo. La clausola d'inesigibilità del capitale costituiva parte della convenzione; ella era necessariamente sottintesa, e sarebbe stato sopr'abondanza inserirla nell'Atto di costituzione. Il creditore della rendita non avrebbe nè anche permesso ch'essa vi fosse stipulata, per timore d'essere riguardato come colpevole in qualche parte del tentativo di un prestito ad interesse, ossia di una convenzione usuraria. »

« Ogni contratto dev'essere retto dalla legge del tempo in cui è formato. Dunque l'autorizzare il rimborso del capitale della rendita è lo stesso che violare il principio della non-retroattività della legge, e male a proposito applicare al caso presente la disposizione dell'art. 1912. del Codice Napoleone. Chi può assicurare che la rendita sarebbe stata costituita, se il capitale fosse stato rimborsabile con la cessazione dei due anni di arretrati? Questa è una condizione onerosa, alla quale il debitore non ha potuto nè dovuto sottoscrivere: appoggiandola ad una legge posteriore, egli è lo stesso che aggiungere al contratto una clausola distruttiva del contratto medesimo; egli è lo stesso che migliorare la condizione del creditore, per aggravare, contro le regole di equità, la sorte del debitore. Questa osservazione basta per far risaltare più chiaramente l'effetto retroattivo dato alla disposizione dell'art. 1912. del Codice Napoleone. Anche le Corti imperiali di Bordeaux, di Bruxelles, di Torino e di Genova hanno giudicato in questo senso con le Decisioni 9 Piovoso, anno XIII., 17 Dicembre 1806, 10 Febrajo e 13 Dicembre 1808, 6 Giugno 1810, e 12 Genajo 1811. »

« Tal è pure l'opinione del sig. Chabot (de Allier), Consigliere alla Corte di Cassazione, nelle sue *Questioni transitorie*, Tom. II. pag. 281. = È un principio incontrastabile (dice questo Magistrato) che ogni contratto dev'essere retto dalla legge ch'era in vigore al momento in cui è stato fatto, e non dalla nuova legge ch'esiste al momento della contestazione insorta su la natura, su la validità e su gli effetti di questo contratto. Egli è evidente che le parti contraenti vollero che le loro convenzioni fossero regolate dalla legge, sotto l'impero della quale esse furono stipulate; ch'esse non le hanno voluto sottomettere ad una legge futura, della quale non potevano prevedere nè l'emissione, nè le disposizioni; e che così la loro volontà sarebbe violata, i loro impegni snaturati, e i diritti, ch'esse avrebbero inteso conferirsi irrevocabilmente,

sottomessi ad una révoca arbitraria, se la nuova legge potesse impadronirsi delle loro convenzioni per reggerle con regole differenti. Vi sarebbe adunque effetto retroattivo nella nuova legge, in forza del suo art. 2. Ma il Codice ha ciò vietato a sè stesso. Fino al presente dalle Corti d'Appello venne deciso in questo modo; e se fuvvi qualche errore nell' applicazione alle specie particolari, tuttavía il principio è sempre stato riconosciuto e proclamato. = »

« La disposizione dell' art. 1912. del Codice Napoleone, che obliga al riscatto il debitore d'una rendita costituita in perpetuo, allorchè egli è in mora pe 'l corso di due anni nel pagare gli arretrati, non potrebbe dunque essere applicata senza effetto retroattivo alle rendite ch' erano state costituite in perpetuo avanti il Codice Napoleone, e delle quali i creditori non potevano, *secondo le leggi allora esistenti*, costringere il debitore al riscatto, anche quando fosse in mora per più anni nel pagamento degli arretrati. »

« = Noi siamo lontani (aggiunge il Consigliere Chabot) di volere criticare l' innovazione fatta alla Legislazione antica con l'art. 1912. del Codice; ma è bastante che questa sia una innovazione, perchè essa non possa colpire nè alterare in alcuna maniera un contratto ch'è stato fatto sotto l' impero di una diversa Legislazione. = »

« Invano si allega: 1.° che il contratto non porta una convenzione tacita su l' inesigibilità del capitale della rendita; 2.° che la legge non può essere accusata di retroattività, allorchè essa non esercita la sua azione che sopra un fatto posteriore alla sua emissione; 3.° che il contratto di costituzione di rendita è commutativo sinallagmatico, e che anche il debitore, mancando al suo impegno, deve perdere il diritto di esigere dal creditore l'adempimento del suo. »

« Ma il creditore non ha giammai avuto contro il debitore il diritto di esigere il rimborso del capitale: l'unico legame del debitore consiste nell'obligazione di pagare la rendita; la pena della sua negligenza o del suo ritardo cade nella classe delle procedure di Diritto relative; l'azione non può estendersi oltre alla cosa dovuta: *actio nihil aliud est quam jus persequendi in judicio quod sibi debetur.* Inst. Lib. IV. Tit. VI. Ora il capitale alienato non era la cosa dovuta; la cosa dovuta non comprendeva che gl' interessi: dunque la condanna al rimborso del capitale non ha alcun fondamento. Che si trovi giusta la disposizione dell' articolo 1912., non havvi niente di meglio e di più ragionevole; ma questo è un motivo sufficiente per far retroagire la nuova legge su gli Atti antichi? No senza dubio. Essa non può essere applicata alle antiche costi-

tuzioni di rendite in perpetuo senza rompere il patto che ha legato le parti contraenti e senza effetto retroattivo. »

« Quando i debitori delle antiche rendite, costituite in perpetuo, ricusano oggidì il rimborso del capitale, essi non si prendono giuoco dei loro impegni, ma dimandano al contrario l'esecuzione del contratto in questa parte. Ma perchè la nuova Legislazione volle distruggere una pratica esistente prima di essa, ne seguirebbe ch'essa abbia dovuto agire retroattivamente? No senza dubio; perchè, dice il sig. Portalis, non bisogna che il rimedio sia peggiore del male. Ogni legge, soggiunge, nasce da un simile motivo. Non vi sarebbe adunque legge che non dovesse essere retroattiva. Non bisogna esigere che gli uomini siano, prima della legge, ciò ch'essi devono essere in forza della legge stessa. Del resto, la legge antica che proibiva il prestito ad interesse, per l'odio suo contro l'usura, non consacrava un abuso; l'abuso non esisteva maggiormente nel sistema dell'inesigibilità d'un capitale alienato. »

Osservazioni ed autorità dell'attore per l'affermativa.

§ 986. « I principj invocati per la negativa non riguardano che quelli che tendono all'essenza del contratto: essi abbracciano solamente *quaecumque negotia jam ante legem novam latam, quoad essentiam suam fuerunt perfecta.* Le conseguenze legate a questa essenza primitiva di cose formano unitamente un solo corpo ed un solo tutto: è il tronco dell'albero, relativamente a' suoi rami ancora su l'albero. Così niente di più incontrastabile che questi esempj addotti in appoggio del principio della non-retroattività delle leggi; perchè una legge nuova, a cagione d'esempio, vieta di dare ai plebéi tali beni, non può senza retroattività impedire il legatario d'impossessarsi del suo legato aperto avanti la nuova legge. Questo principio è stato adottato dalla legge del 1792, abolitiva delle sostituzioni: egli conserva un diritto pienamente acquisito prima della nuova legge; gli effetti di questo diritto non sono che la materia utile, della quale la legge antica si è impadronita, nello stesso tempo ch'ella impadronivasi del diritto in sè stesso: tutto allora è necessariamente legato; nella stessa guisa che l'effetto è intiero, ed indivisibile dalla causa immediata, e l'ombra è relativa al corpo che la produce. Ma affinchè codeste relazioni, non-retroattive negli effetti che ne seguono, esistano essenzialmente, abbisogna che gli effetti siano intimamente legati con la loro causa primitiva; è necessario inoltre che non vi si mescolino dei fatti estranei, indipendenti e nuovi;

perchè se l'annello co 'l quale vuolsi formare un legame indivisibile è composto con elementi parte antichi e parte nuovi, ne seguirà una separazione tra ciò che appartiene essenzialmente alla causa prima e ciò che appartiene alla nuova causa. E se sopraviene una nuova causa con effetti nuovi, questa nuova causa non potrà per sè stessa e nello stesso tempo essere causa nuova e l'effetto della causa antica. »

« Fra le cause antiche co' i loro effetti indivisibili si annoverano, per esempio, le formalità dell'Atto, la natura dell'Atto, e la capacità delle parti. Fra le cause nuove co' i loro effetti nuovi si annoverano le nuove formalità tendenti alla perfezione dell'Atto, il nuovo modo della sua esecuzione, come pure i nuovi fatti del debitore negligente: fatti che questo debitore non può imputare che a sè medesimo. »

« Egli è vero che la legge non deve aver effetto retroattivo; il Codice ha consacrato questo principio nel suo articolo 2. »

« Ma se appartiene alla maestà della legge il camminare avanti, e se non deve rivolgere il suo sguardo al passato, può ciò non ostante (dice Domat, N.° XIV. Tit. I. Sez. I. pag. 3) cangiare secondo il bisogno le conseguenze che devono avere le leggi precedenti; ma sempre (egli aggiunge) senza ledere i diritti acquistati da qualche persona. Cosa si deve intendere, in materia di legislazione, per *diritto quesito?* Si dovrà forse intendere *indefinitamente* il diritto di ricorrere alle regole che governavano il contratto al momento della sua formazione? No senza dubio: il potere legislativo non è circoscritto in così angusti limiti; la massima elementare: *cujus est condere leges, ejus et diminuere vel mutare*, ha la sua sorgente nel potere legislativo, che può stabilire un altr'ordine di cose, senza effetto retroattivo propriamente detto. Il cangiamento futuro è la condizione tacita, sotto la quale la prima legge è stata portata: le parti, i sudditi non la ricevono, o a loro non è data che sotto questa condizione. Questa condizione è sì poco arbitraria, ed è talmente di essenza del potere legislativo, che se al Governo imperiale o monarchico succeda un régime democratico, il principio è lo stesso; e si sa che durante il corso dell'ultima rivoluzione si è fatto un uso frequentissimo di questo attributo del potere legislativo. »

« Per *diritto quesito* non si può intendere sanamente che ciò ch'è pienamente acquistato: non si deve quì comprendere la speranza di godere sempre dello stesso beneficio, dello stesso vantaggio ch' esisteva allorchè si viveva e si contrattava, quando si sopravive e quando il contratto sopravive alla legge nuova. In quest'ultimo caso, e secondo il bisogno, la nuova legge regola più tosto le conseguenze delle leggi prece-

denti, ed essa non percuote nè il contratto, nè la convenzione; in questa maniera propriamente la legge abroga senza retroattività le antiche prescrizioni; in questo modo appunto le rendite fondiarie, che non erano riscattabili, sono state dichiarate tali; per questa maniera la legge abolisce, ristabilisce e restringe l'arresto personale; in questa maniera essa stabilisce un nuovo régime ipotecario; in tale maniera essa modifica le convenzioni civili, ec. »

« Posto ciò, la distinzione da farsi nel presente caso è semplice e naturale. Quando il diritto è stato acquistato e consummato con un solo Atto, esso appartiene totalmente al passato; ma quando consiste in obligazioni che si rinovano ciascun giorno, ciascun anno, e che dipendono dal fatto dell'uomo, allora la nuova legge può colpirle, perchè questo fatto ha luogo sotto il di lei impero. Non si potrebbe spiegare altrimenti la disposizione delle nuove leggi, che riduce il creditore a contentarsi, secondo i casi, dei due o cinque anni d'arretrati della sua rendita fondiaria, mentre all'epoca del contratto la legge gli assicurava il rimborso di ventinove anni. Il Legislatore ha considerato la scadenza successiva degl'interessi come altretanti fatti, su i quali poteva esercitare il suo impero senza effetto retroattivo. Infatti dal momento che il debitore ebbe dopo la legge tutto il tempo necessario per prevenire l'effetto della disposizione che lo minaccia, egli è nella stessa condizione di colui che ha contrattato posteriormente alla legge: e perchè mai la loro sorte rispettiva sarà differente? L'art. 1912. del Codice Napoleone non fa alcuna distinzione tra il debitore passato ed il debitore presente, nè tra le rendite per prezzo di denaro e quelle per prezzo di fondo. Per vedere quali siano codeste rendite, consultiamo gli articoli 530. 1909. 1910. e 1911. del Codice, che definiscono in termini generali la costituzione della rendita in perpetuo. Nell'uno e nell'altro caso la rendita è essenzialmente redimibile (art. 530. e 1911. del Codice Napoleone). L'essenza del contratto non è più alterata in un caso che nell'altro, poichè sotto il Codice, al pari di prima, il capitale è alienato, e non è giammai esigibile che per il fatto del debitore: fatto nuovo, che cade sotto l'impero della legge nuova. In sè il diritto d'esigibilità non è nuovo, perchè in più provincie l'accumulazione di più anni d'arretrati legitimavano sia la domanda al rimborso del capitale, sia l'azione di rientrare in possesso dei beni assegnati per la rendita: solamente il debitore si sottraeva da quest'azione pagando prima della condanna; ed anche in alcuni Parlamenti non era ammesso a purgare la mora per le rendite fondiarie. »

« Il Codice Napoleone ha fissata la Giurisprudenza, che in questa parte variava in molti Parlamenti. La facoltà di rimborsare sia le rendite fondiarie, sia le rendite semplici, tutte costituite in perpetuo, è vantaggiosa al debitore. Il creditore non ha diritto di accusare la legge d' ingiusta retroattività, allorquando si stabilisce rispetto a lui il diritto di ripetere il capitale d'una rendita fondiaria creata sotto il régime della *irredimibilità*. Perchè mai il debitore verrebbe a lamentarsi per ciò che si stabilisce contro di lui la facoltà del riscatto della rendita, se egli manca a' suoi impegni? Nel primo caso, nel quale fu creata una rendita fondiaria di sua natura irredimibile, il creditore ha ricevuto, quasi senza motivo, una lesione al suo diritto esistente al momento della creazione della rendita. Nel secondo caso, nel quale fu stabilita la semplice rendita perpetua, l'obligazione imposta al debitore di adempiere a' suoi oblighi, sotto pena d' essere costretto al riscatto, ha per base la buona fede dovuta alle convenzioni, e contempla la volontà evidente del creditore, che volle avere per debitore perpetuo degli arretrati un uomo puntuale al pagamento. Il debitore non ha altro diritto quesito, che quello di non poter essere obligato al riscatto, fino a tanto ch' egli sarà puntuale ad adempiere a' suoi impegni. Quando rimane due anni senza pagarli, egli stesso si dichiara in istato di decozione. Ora l' art. 1913. del Codice Napoleone dichiara egualmente esigibile il capitale della rendita costituita in perpetuo, nel caso di fallimento o di decozione del debitore. Per lo stesso motivo d'analogía il riscatto è anche forzato, allorchè il debitore manca di somministrare al sovventore le sicurezze promesse nel contratto (art. 1912). Si dovrà certamente convenire che l'art. 1913. è applicabile agli antichi contratti: per qual motivo non lo potrà essere l'art. 1912? Non si travede nulla che possa somministrare il menomo pretesto d' una distinzione da farsi tra i casi preveduti da questi due articoli della legge stessa. »

« Se alcune Corti Imperiali hanno adottata l' opinione contraria, esse si sono da sè stesse ritrattate, segnatamente le Corti di Bordeaux e di Torino. Cioè la Corte di Bordeaux con Decisione 25 Aprile 1811: = Attesochè (ivi si è detto) l'oggetto della disposizione dell'art. 1912. del Codice Napoleone è stato di far cessare la diversità della Giurisprudenza su la facoltà di purgare la mora. = E la Corte di Torino con Decisione del 3 Maggio 1811, della quale eccone i motivi. »

« = Considerando che la Bolla di papa Pio V., che ha retto il contratto di censo di cui trattasi, potrebbe bensì servire di regola per conoscere se nella stipulazione dell'Atto che lo costituisce le parti siansi

conformate o no a quanto era in allora di rigore per la sua validità; ma essa non ha più nulla di comune con le leggi posteriori, le quali hanno potuto e voluto stabilire delle pene contro i debitori delle annualità nascenti da tale specie di contratti; e trattandosi d'applicare la sola legge vigente in tale materia, erroneamente si dice che quest' applicazione viola la disposizione dell'artic. 2. del Codice Napoleone, che vietò la retroattività della legge; *considerando che l'art. 1912. del Codice Napoleone non ammette alcuna distinzione tra la rendita perpetua praticata nel Piemonte, ed ogni altra rendita costituita altrove in perpetuo;* che il Giudice non può distinguere dove la legge non distingue; che in conseguenza l'art. 1912. è stato applicato con altretanto più di ragione, in quanto che il mezzo per ottenere l'immissione in possesso dei beni del debitore in forza della clausola del costituto essendo cessato in virtù del nuovo régime ipotecario e della Giurisprudenza, il principale motivo delle Decisioni allegate in favore degli appellanti sarebbe per ciò stesso egualmente cessato: la Corte ordina che ciò, di cui havvi appellazione, debba avere il suo pieno ed intiero effetto. = »

« Le altre Corti Imperiali, segnatamente quella di Dyon, applicano l'art. 1912. del Codice senza ravvisarvi alcun effetto retroattivo. »

« Finalmente su la prima Decisione della Corte di Torino, in data 17 Settembre 1806, il sig. Referendario Dalpozzo, ora primo Presidente della Corte Imperiale di Genova, ha fatto delle osservazioni per dimostrare che questa Decisione, relativa alle rendite designate in Piemonte co'l nome di *censi*, era in opposizione con la nuova legge. Questo Magistrato fece avvertire che si attribuisce alla Bolla di Pio V. più di quello che dica; ch'essa proibisce bensì al proprietario del censo di stipularne il riscatto, ma non si oppone che questa facoltà possa essere stabilita come pena da una legge; che allora la pena non è più il fatto dell'uomo, ma bensì il fatto della legge .... (1) »

Decisione.

§ 987. « Visto l'art. 1912. del Codice Napoleone, del tenore seguente: *Il debitore d'una rendita costituita in perpetuo può essere costretto alla redenzione, se cessa dall'adempiere i suoi oblighi pe'l corso di due anni.* »

---

(1) Merlin, *Nuovo Repertorio*, Tom. II. pag. 86, e *Questions de Droit*, Suppl. Tom. I. v. *Étranger*, pag. 623. 641.

« Ritenuto: 1.° essere proprio della natura delle cose che una rendita fondiaria non possa essere creata se non mediante la tradizione di un fondo, e che una rendita in perpetuo, creata a prezzo di denaro, sia una rendita costituita; che qualunque siano le finzioni aggiunte alle rendite dell'ultima specie, qualunque siano le ipoteche o i vincoli che loro siano stati attribuiti su i fondi, tutte queste cose, imaginate per disimulare il prestito ad interesse, non possono far sì che ciò che è non sia; che la finzione deve cedere alla verità in un Impero in cui la legge essendo generale, i contratti di una stessa natura devono per tutti i cittadini essere retti in una stessa maniera; che nel presente caso co'l contratto del 19 Febrajo 1794 fu creata una rendita annua perpetua e redimibile di lire 175 piemontesi, pe'l prezzo di lire 3500 moneta pure di Piemonte, somma ch'è stata data dall'acquirente della rendita a colui che se n'è costituito debitore; che quindi è una rendita costituita della stessa natura di quelle che formano l'oggetto dell'art. 1912. del Codice Napoleone. »

« Ritenuto: 2.° che a termini dell'art. 1912. il debitore di una rendita costituita in perpetuo può essere costretto al riscatto, se cessa di adempiere a' suoi oblighi pe'l corso di due anni; che l'applicazione di questa Disposizione ai contratti di rendite anticamente costituite non ha alcun effetto retroattivo, quando la mora del debitore in adempiere le sue obligazioni *è posteriore alla promulgazione del Codice;* ch'è sempre in potere del Legislatore di regolare *per l'avvenire* il modo di esecuzione dei contratti, e di sostituire il modo che conviene al sistema generale da lui stabilito ad altri modi particolari che non sarebbero in armonia co'l sistema generale; d'onde ne risulta che rifiutando d'ordinare il rimborso del capitale della rendita, della quale trattasi, la Decisione del 6 Giugno 1810 ha contravenuto all'art. 1912. »

« La Corte, pronunciando in contumacia del Molinelli, cassa ed annulla la Decisione della Corte d'Appello di Genova, della quale havvi contestazione, e rimette la Causa e le parti avanti la Corte Imperiale di Torino, per decidere come sarà di ragione. »

« Del 6 Luglio 1812 (1). »

Questioni analoghe.

§ 988. La prima e fondamentale ragione, su la quale s'appoggia la Decisione sopra riportata rispetto ai censi, spinge, per la forza delle ana-

---

(1) Sirey, Tom. XII. Part. I. pag. 281 a 288.

logie, a ricercare quali siano le *massime*, con le quali dopo la publicazione del Codice Napoleone si debbano decidere le questioni relative alle prestazioni livellarie. Quì io voglio parlare di quella specie di rendita fondiaria perpetua, derivante da contratto privato (1), per il quale si considera risedere il dominio diretto di un fondo presso il creditore della rendita stessa, ossia del cánone; ed il dominio utile risedere presso il debitore del cánone medesimo, vulgarmente appellatto *livellario*. Si può domandare pertanto:

1.° Se dopo la publicazione del Codice Napoleone si possano validamente, come in addietro, costituire sì fatti contratti di livello.

2.° Se tali contratti anteriormente stabiliti ritengano ancora, per le prestazioni posteriori al detto Codice, la primitiva loro natura: e quindi se il diritto di esigere il cánone livellario dopo il Codice Napoleone derivi da un condominio o da una comproprietà; o veramente sia divenuto una rendita della stessa natura di quelle contemplate dal Codice Napoleone, e soggetta alle stesse azioni stabilite dal Codice medesimo.

3.° Indipendentemente da tutte le considerazioni ricavate dal Diritto civile, e consultando le disposizioni della legge su 'l registro attualmente vigente, si domanda se rispetto alle rendite livellarie fondate prima, e che oggidì continuano, debbasi per la liquidazione dei *diritti di registro* usare una regola speciale di valutazione diversa dalle regole usate per le altre rendite; o pure se si debbano indistintamente applicare le regole comuni di estimazione, per le quali (esclusa ogni considerazione di condominio) la prestazione livellaria venga considerata come semplice rendita o peso imposto sopra d'un fondo.

Ecco tre questioni importantissime di ragione legislativa, ossia meglio d'interpretazione e di applicazione di legge. Alla prima questione si può con sicurezza rispondere *negativamente;* e ciò può servire d'avviso ai contraenti, a' Notaj ed ai Giureconsulti.

§ 989. Invano quì si potrebbe opporre il silenzio della nuova legge civile. Essa parlò a bastanza allorchè publicò tali Disposizioni, per le quali la natura, i rapporti e gli effetti giuridici di questo contratto non

---

(1) Dico *da contratto privato;* e ciò per distinguerla da quelle prestazioni su fondi veramente *feudali*, il dominio diretto dei quali risedendo nello stesso alto dominio dell'infeudante, vengono per questo rapporto regolati co'i principj di Diritto publico interno tutte le volte che si questiona della loro natura e durata. Per ciò che spetta all'alienabilità o inalienabilità delle rendite livellarie dovute al feudatario stesso, alla loro natura e redimibilità, e quindi ai rapporti loro con l'attuale sistema di Legislazione, ci riserbiamo di dirne in altro luogo. (*Vedi lo scritto seguente*, § 1001. *e seg.*)

possono ridursi ad armonía ed unità con le altre Disposizioni particolari ed esplicite positive della legge, e con tutte le altre parti del sistema generale novamente introdotto e sanzionato. Ma così è, che la continuazione o nuova costituzione dei vecchi livelli produce questa contrarietà, sia che si consideri la distinzione e la qualificazione d'ogni sorta di beni e di diritti di proprietà stabilita dal Codice; sia che si consideri il sistema della comunione fra i conjugi, il régime ipotecario, la distribuzione per contributo stabilita dal Codice di procedura civile, l'affrancazione loro contemplata nella divisione delle eredità, il sistema del registro; sia che si consideri il principio eminente della svincolata circolazione delle proprietà. Dunque lungi che quì si possa verificare quel tale silenzio della legge che ancora permetta sì fatti contratti, si deve per lo contrario conchiudere, essere i medesimi stati interdetti in futuro, ed essere ai medesimi applicabile la Disposizione dell'art. 530. del Codice Napoleone in tutta la sua estensione.

§ 990. E sebene quest'abrogazione non sia espressamente e con formali parole pronunciata, ciò non ostante si deve giudicare come fatta *per equipollenza*, tale essendo la forza tanto della espressa quanto della tacita abrogazione. La tacita abrogazione si verifica, come ognun sa, tutte le volte che havvi impossibilità di conciliare le anteriori Disposizioni con le posteriori (1).

§ 991. E se ancora si volesse nutrir dubio su l'argomento dei livelli, di cui parliamo, leggasi il Processo verbale della Seduta 15 Nevoso, anno XII., del Consiglio di Stato dell'Impero francese, relativa alle discussioni del Codice Napoleone, nella quale fu lungamente e vivamente dibattuta la questione, se conveniva o no ristabilire questa specie di contratti; e si vedrà che dopo una matura ponderazione si conchiude come segue: *Il Consiglio rigetta la proposizione di ristabilire i livelli su i fondi* (2).

§ 992. Il tenore di questa deliberazione del Consiglio suddetto non ha bisogno di commentario per dedurne la conseguenza dell'abolizione perpetua dei contratti livellarj, e della loro legale invalidità posteriormente alla publicazione del Codice Napoleone (3).

---

(1) Vedi la Nota n.º III.

(2) Veggasi il Processo verbale di questa Seduta nel Tomo III., edizione di Mantova, delle *Discussioni su 'l Codice civile del Consiglio di Stato*, pag. 291 fino al 316.

(3) Se taluno per avventura dubitasse che il Consiglio suddetto avesse in mira i livelli identici praticati presso di noi, il suo dubio sarebbe tolto sì dalla seguente definizione, inserita nel detto Processo verbale, su la quale appunto naque la deliberazione; e sì dall'articolo 1. della Legge 29 Dicembre 1790.

§ 993. Quanto poi alla dimostrazione della incompatibilità della sussistenza dei contratti di livello con le altre Disposizioni suindicate, credo essere prezzo dell'opera il rimetterla ad altro luogo. Basti questo cenno per tutti coloro che sono appieno informati della nuova Ragione civile.

§ 994. Alla seconda questione da me proposta, riguardante le *modificazioni* che in forza del Codice Napoleone possono aver subíto i livelli privati stabilíti anteriormente al Codice stesso, ognun vede non potersi rispondere adequatamente, se prima non venga sciolta la questione se essi siano compatibili o no, ritenuta la loro antica forma, co 'l sistema posteriormente introdotto.

§ 995. Dalla soluzione di tale questione nasce la conseguenza della tacita conservazione o della tacita déroga dei diritti accessorj anteriori su questo proposito. Nè quì si potrebbe objettare alla Giurisprudenza la colpa di far retroagire viziosamente la legge per le ragioni in parte esaminate nella questione su i censi secondo la Bolla piana. Per lo contrario, prevalendosi dei príncipj risultanti dall'autorevole Decisione sopra allegata, si dovrebbe conchiudere doversi far agire le nuove leggi anche rispetto alle rendite livellarie anteriormente stabilite, e durevoli dopo il Codice Napoleone.

§ 996. Tutta la bisogna pertanto si concentra nell' esame della questione della compatibilità o incompatibilità sopra ricordata. Non è mia intenzione discutere di proposito sì fatta questione. Basti solamente avvertire la *qualificazione* di sì fatti livelli fatta dalla Corte di Cassazione dell' Impero nella sua Decisione del 12 Nevoso, anno XII., Sezione civile (1), nella quale viene designata la loro natura *incompatibile* co 'l sistema ipotecario; e basti eziandío scorrere le altre Decisioni quì sotto riportate in punto di registro, per convincersi di questa incompatibilità. La conseguenza di tale incompatibilità si è, che dopo l' emanazione del Codice Napoleone e delle altre leggi relative, il livellario, in forza di contratto anteriore, si deve riguardare come *proprietario di un dato fondo*, avente l' ónere di pagare il cánone o altra prestazione al pari di un debitore d' una rendita qualunque mobiliare; ed avente di più il *diritto di affrancazione*, cui sarebbe utile disciplinare quando si trattasse di esercitarlo in via contenziosa.

Nel detto Processo verbale, parlando del soggetto della contestazione, ossia del livello dei fondi, dicesi: *È un contratto, pe 'l quale un proprietario li cede ad un altro, con la condizione di pagargli in denaro, ossia in generi, una prestazione convenuta per tutto il tempo in cui possederà il fondo.*

(1) Questa Decisione verrà prodotta quì appresso.

§ 997. Rimane la terza questione, riguardante i diritti di registro per mutazione di dominio o mediante contratto, o mediante successione, per causa di morte, dei mentovati livelli. Taluni han voluto notare una particolarità che, a loro senso, può servire di criterio tanto se si ritenga avere i livelli sofferto dal Codice Napoleone una modificazione armonica co 'l nuovo sistema da lui introdotto, quanto se si conceda aver essi ritenuto la loro forma primitiva ed anteriore. Questa consiste nel supporre una distinzione di diritto, ossia meglio di ragione interpretativa, della quale in appresso vedremo l'esempio. Essi la eseguiscono co 'l separare la ragione dedotta dal Diritto puramente civile dei livelli anteriori, conservati, in ipotesi, secondo la loro antica forma, dalla ragione dedotta dal Diritto fiscale, stabilita con la legge del registro (1).

§ 998. Giova però notare che sì fatta distinzione diventa inutile nelle questioni di registro, che debbono essere unicamente regolate dalle Disposizioni proprie della legge apposita; e sarebbe un vero abuso d'interpretazione e di applicazione il tradurre e fare operare la Ragione civile anteriore, onde decidere le questioni relative al Diritto del registro stesso, come siamo per dimostrare con Decisioni uniformi della Corte di Cassazione dell'Impero. Noi cominceremo da quelle ricordate dal signor Merlin, l'argomento delle quali egli espone co' i seguenti

Quesiti.

1.° *Nella liquidazione del Diritto di registro, in conseguenza di una vendita d'immobili, si deve forse aggiungere al prezzo stipulato dal contratto il capitale delle rendite fondiarie, da cui sono aggravati i fondi venduti?*

---

(1) Questa distinzione fu segnata dal Sirey, Tom. IV. Parte I. pag. 382. Ivi avendo proposta la questione, *se una rendita fondiaria sia un* PESO *del fondo, o una* PORZIONE *del diritto di* PROPRIETA', prosegue notando una Decisione della Corte di Cassazione del 4 Ventoso, anno *X*., la quale sembrava decidere, che in tutti i casi la rendita fondiaria dev'essere riputata non un *carico*, ma una *porzione* del diritto di proprietà.

« D'allora in poi (egli dice) la Corte ci » parve stabilire una distinzione tra il *Diritto comune* ed il *Diritto fiscale*. Trattasi di » rendite fondiarie secondo il *Diritto comune?* Esse sono riputate inerenti ai fondi. » Ciò non ostante ci rimane un dubio, cioè » se nella specie indicata la *qualificazione di* » *rendita* in un contratto di vendita non contribuisca assai più a far pronunciare la sua » conservazione, di quello che la qualità di » *fondiaria*. Trattasi al contrario di rendite » fondiarie secondo il Diritto esorbitante, o » secondo le leggi del registro? Allora esse » sono riputate come pesi non inerenti ai fondi. E questo punto sembra fissato. » (Ibid.)

2.° *Nella liquidazione del Diritto di registro, in conseguenza di una mutazione per* MORTE, *si debbono forse sottrarre dalla stima dei beni le rendite fondiarie, dalle quali tali beni trovansi aggravati*(1)?

§ 999. Quì conviene prima di tutto fissare lo stato della questione. « Queste due questioni (dice il sig. Merlin (2)) propriamente non ne for- » mano che una sola. La prima dipende dal senso che si deve attribuire » al n.° 6. dell'art. 15. della Legge 22 Frimale, anno VII., il quale dis- » pone che nella liquidazione del diritto proporzionale di registro il va- » lore degli oggetti suscettibili di questo diritto sia determinato, rispetto » alle rendite, *dal prezzo espressamente fissato nella vendita,* AGGIUN- » GENDOVI TUTTI I PESI (*en y ajoutant toutes les charges*) *in capitale*, » *o mediante stima di periti.* »

« La seconda questione dipende dal fissare il senso, secondo il quale » dev'essere inteso il n.° 7. dello stesso articolo, disponente che *questo* » *valore, per le mutazioni fatte a causa di morte, dev'essere regolato* » *mediante estimazione che sarà fatta co'l portare a venti volte il* » *prodotto dei beni o il prezzo degli affitti correnti*, SENZA DEDUZIONE » DEI PESI (sans distraction des charges). »

« Queste due questioni (prosegue sempre il sig. Merlin) si riducono » dunque a sapere se nell'uno o nell'altro numero del citato art. 15. » della Legge le rendite fondiarie siano comprese sotto la denomina- » zione di *óneri* od *aggravj*. Ecco una specie nella quale fu pronunciata » una Decisione precisa. »

FATTO.

« Il Ricevitore del registro del Circondario di Hâure, registrando cinque contratti d'acquisto di alcuni privati, aveva esatto da essi un diritto proporzionale in ragione dei capitali delle prestazioni di cui essi erano rispettivamente gravati da tali contratti. Queste prestazioni riguardo ad alcuni consistevano in rendite fondiarie. »

« I detti privati, credendosi aggravati dal Ricevitore, lo citarono sotto il 30 Vendemiale, anno XI., avanti il Tribunale civile di Hâure per la restituzione delle somme da lui indebitamente esatte per questo

(1) Nota bene: tali questioni furono discusse anteriormente all'emanazione del Codice Napoleone, e per conseguenza in uno stato di Legislazione, su 'l quale egli non aveva per anco potuto operare. Da ciò viene, che le stesse Decisioni hanno luogo anche nell'ipotesi, nella quale si figura che i livelli siano sottratti dall'azione del Codice stesso dopo la di lui publicazione.

(2) *Quest. de Droit,* v. *Enrégistrement,* § 18. Tom. IV. pag. 325 e seg.

titolo. Agitata la Causa, ne seguì, sotto il 14 Piovoso dello stesso anno, la seguente »

Sentenza.

« Considerando che le rendite, di cui si tratta, esistevano su gli stabili prima della vendita fattane ai cittadini Fouache, Delarbre, Bellot, Olivier e Morris; che queste rendite erano fondiarie, e sempre sono state conservate tali; che tali essendo in origine, queste rendite, fino a tanto ch' esistono, sono carichi reali ed inerenti ai beni medesimi; che esse ne affettano talmente la proprietà, che i detentori non possono deteriorarle, nè ometterne la prestazione senza dar luogo al padrone della rendita di rientrare in possesso del fondo; che d'altronde essi non ne furono fatti proprietarj che sotto la deduzione delle dette rendite; che simili rendite gravitanti su i detti beni non possono per loro natura essere assimigliate ai carichi, siano puramente personali, siano personali ed accessorj dei fondi, e ad altri pesi che si trovassero imposti nel contratto di vendita; e che tutte, a termini del § 6. dell'art. 15. della Legge 22 Frimale, anno VII., debbonsi valutare nel capitale, ond' essere aggiunte al prezzo espresso: il Tribunale di Hâure ordina la restituzione dimandata dai cittadini Fouache, Delarbre, Olivier, Morris e Bellot. »

L'Amministrazione del registro ricorse in Cassazione contro questa Sentenza. Sotto il giorno 20 Floreale, an. XI., il ricorso fu ammesso. La Causa essendo portata alla Sezione civile, il sig. Merlin diede le seguenti

Conclusioni.

« Secondo il Diritto comune, la rendita fondiaria non è veramente un carico del fondo, ma bensì una parte riservata nel fondo medesimo dal primitivo padrone che costituì la rendita. »

« Questa rendita si può giustamente paragonare all' usufrutto. Essa al pari di lui forma parte della proprietà: e nella stessa guisa che alienando un immobile sotto la riserva dell'usufrutto, io non creo un debito su questo immobile, ma sì bene una minore alienazione; così pure vendendo un immobile sotto la riserva di una rendita fondiaria, non si deve riputare ch' io aggravi il fondo che vendo, ma bensì devesi giudicare ch' io venda meno. »

« Su questo fondamento appunto voi avete pronunciata la Decisione del 14 Ventoso, anno X [1]. »

---

(1) Vedi la Nota n.° I.

« Questo Giudicato è positivo; ma, se convien dire il vero, quanto egli è conforme ai principj del Diritto comune su la natura delle rendite fondiarie, altretanto egli è opposto alla disposizione letterale della Legge 22 Frimale, anno VII. Noi agevolmente ce ne persuaderemo ripigliando il paragone fatto or ora fra la vendita co 'l carico d' una rendita fondiaria, e la vendita con la riserva dell' usufrutto. »

« Allorchè io alieno sotto la riserva dell'usufrutto, su quale oggetto si percepisce il diritto del registro? Egli si percepisce non solamente su la nuda proprietà della quale io mi spoglio, ma eziandío su l' usufrutto ch' io ritengo. La seconda parte del n.° 6. del citato art. 15. dispone in una maniera formale su questo proposito. = Se l'usufrutto è riservato dal venditore (dice l'articolo), egli sarà valutato per la metà di tutto ciò che forma il prezzo del contratto, *e il diritto sarà percepito su 'l totale;* ma non sarà dovuto alcun diritto per la riunione dell' usufrutto con la proprietà. = Dunque per la medesima ragione, se io vendo co 'l carico di una rendita fondiaria, il diritto è dovuto tanto su la parte del fondo del quale io mi esproprio, quanto su la parte ch' io mi riservo, cioè a dire su la rendita fondiaria: solamente non sarà dovuto alcun diritto per il riscatto che l' acquirente potrà fare della rendita quando a lui piacerà. »

« D'altronde non dimentichiamoci giammai che la legge che ha servito di modello alla legge 22 Frimale, anno VII., è la legge del 19 Dicembre 1790; e che quella dell' anno VII. altro non è, in quanto alle sue principali disposizioni, che una redazione più accurata di quella del 1790. Ora questa porta all'art. 5., che il diritto di registro sarà percepito per le vendite su 'l prezzo espresso senza frode, *compresovi il capitale delle* RENDITE, *e di tutti gli altri pesi ai quali l'acquirente è obligato.* Certamente che con la parola *prestazione* (rédevances) questa legge intende le *rendite fondiarie.* Il capitale delle rendite fondiarie deve adunque essere aggiunto al prezzo delle vendite per la liquidazione del diritto di registro, al quale le vendite dánno causa; e per la stessa ragione esse non devono essere dedotte nella stima dei beni trasmessi per *morte*, per la liquidazione del diritto di registro dovuto per questa specie di mutazioni. — Ciò appunto venne deciso con due dei vostri Giudicati posteriori a quello del 4 Ventoso, anno X » (1).

« Egli è dunque chiaramente e fermamente deciso, che nel n.° 7. dell'art. 15. della legge 22 Frimale, anno VII., le rendite fondiarie sono

(1) Vedi la Nota n.° II.

comprese sotto il vocabolo *carichi* (charges). Qual motivo pertanto evvi mai di non comprenderle egualmente sotto la parola *carichi* nel n.° 6. dello stesso articolo? D'altronde per qual ragione distinguere, relativamente alla liquidazione del diritto di registro, l'ónere di una rendita fondiaria dall'ónere di un usufrutto? E se è forza convenire che il valore dell'usufrutto riservato mediante un contratto di vendita deve entrare nella liquidazione del diritto, qual ragione vi sarà per non farvi eziandío entrare il capitale di una rendita fondiaria, il venditore della quale stipula la continuazione a profitto di un terzo? Crederemmo di abusare della vostra sofferenza, cittadini magistrati, se volessimo dare maggiore sviluppo a verità così sensibili: noi quindi portiamo opinione che siavi luogo a cassare ed annullare la Sentenza del Tribunale civile di Hâure del 14 Piovoso, anno XI. »

Queste conclusioni sono state adottate con Decisione del 12 Nevoso, anno XII., sopra Rapporto del cittadino Rousseau.

Decisione.

§ 1000. « Visto l'art. 15. della legge 22 Frimale, anno VII., e l'articolo 25. della legge 21 Ventoso, anno VII., concernente l'organizzazione del régime ipotecario. »

« Atteso che i contratti d'acquisto di Bellot ed Olivier sono retrocessioni d'un contratto di godimento d'una rendita senz'altro prezzo (1); che questa specie d'Atti si trova nominativamente compresa nel n.° 2. dell'art. 15. della legge 22 Frimale, anno VII., che ne regola la liquidazione con un capitale formato di venti franchi di rendita; che non trattandosi in questa specie di un Atto che contenga un prezzo principale ed una rendita, ne seguirebbe, secondo il sistema adottato dal Tribunale di Hâure, che i due contratti di cui trattasi riceverebbero la formalità del registro senz'alcun diritto (2); »

« Atteso che gli altri tre Atti sono contratti di vendita, con la condizione inoltre di corrispondere una rendita; e che supponendole tutte

---

(1) Quì il testo della Decisione usa la frase *bail à rente*. È da notarsi che nell'idioma francese e nel linguaggio legale la parola *bail* riveste diverse significazioni quando viene applicata in particolare; come, per esempio, significa *locazione d'un fondo*, ed altro simile. Presa nel suo senso generale, nel quale riunisce tutti i significati, viene definita dal sig. Merlin come segue. *Une convention, par la quelle on transfère a quelqu'un la jouissance d'une chose pour un tems limité, et moyennant un certain prix*. Merlin, *Répertoire*, v. *Bail*.

(2) Cioè senza pagare il diritto proporzionale, ec.

fondiarie, esse formerebbero dei carichi tendenti a comporre il valore d'immobili venduti, senza essere stati valutati ad un più alto prezzo; »

« Atteso che la legge sopra citata (n.° 5.) vuole che il capitale di tutti i carichi sia aggiunto al prezzo convenuto nel contratto; ch' essa non fa alcuna distinzione tra rendite fondiarie e costituite; che tanto meno attualmente si deve fare questa distinzione, in quanto risulta che, secondo il disposto della legge 29 Dicembre 1790, esse sono tutte egualmente redimibili, e non sono più suscettibili d'ipoteca, a termini dell'art. 7. della legge 11 Brumale, anno VII.; ch' egli è evidente che non si possono ravvisare simili prestazioni affrancabili a volontà come carichi inerenti al fondo, e non suscettibili di valutazione per servire di base al diritto proporzionale della rendita; che havvi per conseguenza nella Sentenza impugnata una contravenzione formale alle disposizioni della legge sopra ricordata, ed a quella del 2 Ventoso, anno VII., su i diritti di trascrizione; per questi motivi il Tribunale cassa ed annulla (1). »

« Del 12 Nevoso, anno XII. — Sezione civile. »

---

(1) Merlin, *Questions de Droit*, v. *Enrégistrement*, pag. 332-333.

ANNOTAZIONI

Nota I.

Secondo la ragione civile *anteriore al Codice Napoleone una rendita sopra un fondo non si può considerare come un peso del fondo medesimo, all'effetto di percepire il diritto di mutazione su 'l prezzo della vendita e su 'l capitale della rendita medesima.*

(Jacquier e Lacroix contro la Regía del registro.)

FATTO.

« Cristoforo Jacquier e Melchiore Lacroix avevano acquistato in società da Francesco Garnier una vigna aggravata di una rendita fondiaria. Il loro contratto d'acquisto venne presentato al Registro, ed il Ricevitore percepì il diritto non solamente su 'l prezzo stipulato nel contratto, ma ancora su 'l capitale della rendita fondiaria. Egli si fondava su la ragione, che la rendita fondiaria formava un peso del fondo, e che per conseguenza essa era compresa nei termini del n.° 6. dell'art. 15. della legge 22 Frimale, anno VII., le di cui parole sono: *aggiungendo tutti i carichi in capitale;* e singolarmente su 'l motivo, che la legge esprimendo *tutti i carichi*, non potevano essere eccettuate le rendite fondiarie. »

« Ciò non ostante Melchiore Lacroix e Cristoforo Jacquier portarono istanza al Tribunale civile di Chambery per essere rimborsati del diritto percepito su 'l capitale della rendita dal Ricevitore del Registro. Conformemente all'Istanza, il giorno 1.° Fruttidoro, anno VIII., il detto Tribunale condannò la Regía al rimborso dimandato. »

Contro questa Sentenza la Regía ricorse in Cassazione, fondandosi su 'l § 6. art. 15. della legge 22 Frimale, anno VII., così concepito:

« Art. 15. Il valore della proprietà, dell'usufrutto e del godimento degl'immobili è determinato per la liquidazione e per il pagamento del diritto proporzionale nel modo seguente. »

« Num.° 6. Per le rendite, avuto riguardo al prezzo espresso, aggiungendo tutti i carichi in capitale, o mediante stima di periti nei casi autorizzati dalla legge. »

Questo ricorso della Regía fu ammesso; ma il 4 Ventoso, anno X., la Corte di Cassazione pronunciò la seguente

Decisione.

« Considerando che se il § 6. art. 15. della legge 22 Frimale, anno VII., vuole che per determinare il valore di un oggetto venduto o ceduto si aggiunga al prezzo espresso nell'Atto quello di tutti i carichi imposti all'acquirente, que-

sta disposizione non può intendersi che dei carichi imposti nel contratto stesso, e non di quelli inerenti alla cosa venduta, e che la seguono in qualunque mano essa passi, come la rendita fondiaria; considerando che sino a tanto che la rendita fondiaria esiste su 'l fondo, la proprietà di questo fondo *è divisa tra il concedente che conserva la proprietà diretta, ed il concessionario che non riceve che la proprietà utile*, e ch' egli è contro ragione l'esigere dal cessionario di quest' ultimo diritti pe 'l trasporto di una proprietà che non fu a lui realmente trasmessa; che questa domanda è tanto più insostenibile nel caso presente, in quanto che Francesco Garnier non ha ceduto nè venduto a Jacquier e Lacroix la proprietà della vigna in dísputa, ma solamente il diritto ch' egli aveva nell'affitto di censo fatto a' suoi autori di questa vigna; che quand' anche Garnier non avesse obligati Jacquier e Lacroix a pagare la rendita stipulata nella concessione del fondo a censo, o avesse anche venduto il fondo esente da ogni rendita, essi ciò non ostante non sarebbero stati meno obligati a pagarla, essendo questo carico indipendente da ogni stipulazione; considerando finalmente che se al prezzo reale della cessione importava aggiungere il capitale della rendita fondiaria, non vi sarebbe stata ragione per non aggiungervi anche il capitale delle imposte fondiarie, che segue la sorte stessa dei fondi, ed obliga il possessore indipendentemente da qualunque stipulazione; ciò che sarebbe apertamente irragionevole: per questi motivi il Tribunale rigetta la domanda di cassazione intentata dalla Regía contro la Sentenza pronunciata dal Tribunale del Circondario di Chambery il dì 1.° Fruttidoro, anno VIII. (1) »

« Del 4 Ventoso, anno X. — Sezione civile. — Rapporto del sig. Maleville. »

Nota II.

In forza della legge su 'l registro una rendita fondiaria non è una porzione del diritto di proprietà, ma bensì un carico del fondo su 'l quale essa si trova stabilita; e per conseguenza nel fissare il diritto dovuto al Registro non si può sottrarre dagli altri carichi, onde esimersi dal pagare l' intiero diritto dovuto alla Regia.

Ciò ha luogo tanto se la mutazione di proprietà venga fatta per contratto, quanto per successione a causa di morte.

Esempio I.

(Fra Giuseppe Bacone e la Regía del registro di Falaise.)

« Giuseppe Bacone aveva raccolta la successione di Giuseppe Bacone suo zio, morto li 19 Novembre 1790. Il giorno 1.° Brumale, anno III., il Ricevitore dell' Offizio di registro di Falaise rilasciò contro Giuseppe Bacone un precetto di

---

(1) Merlin, *Questions de Droit*, v. *Enrégistrement*, pag. 328. 329. 330. — Sirey, Tom. II. Parte I. pag. 236-237.

pagamento della somma di 600 franchi pe 'l diritto semplice, e più per un'altra metà dello stesso diritto. Li 30 Termidoro seguente Giuseppe Bacone fece offrire al Ricevitore, per mezzo d'Usciere, una somma di lire 31 e soldi 4, alla quale pretendeva il diritto doversi ridurre, perchè, secondo lui, i beni dovevano essere stimati deducendo il capitale della rendita *fiefale* (1) o fondiaria, della quale essi erano gravati. »

« La Causa fu portata avanti il Tribunale civile del Circondario di Falaise, il quale con sua Sentenza 17 Ventoso, anno X., visto l'art. 8. della quarta Sezione della prima Classe della Tariffa annessa alla Legge 19 Dicembre 1790, ha dichiarato sufficiente l'offerta di Giuseppe Bacone. »

Interposto dalla Regía del registro il ricorso alla Cassazione contro la detta Sentenza, ne venne la seguente

Decisione.

« Visto l'art. 5. della legge 19 Dicembre 1790. »

« Considerando che da questo articolo risulta che la contribuzione fondiaria serve di base alla percezione del diritto di registro degli Atti portanti trasmissione di proprietà a titolo gratuito; ch' egli è incontestabile che un comproprietario imposto non sarebbe ammesso a dimandare lo scarico della contribuzione fondiaria, se si prevalesse unicamente dei pesi che potessero essere inerenti agl' immobili, su i quali la contribuzione fosse stabilita; che a più forte ragione si deve dire lo stesso rispetto al diritto di registro, che stabilito una volta secondo le basi create dalla legge, non può più ricevere alcuna alterazione, nè alcuna modificazione; che il Tribunale, il di cui giudizio è impugnato, ha nulladimeno deciso esservi luogo a dedurre dal valore dei beni, di cui trattasi, il capitale della rendita fiefale o fondiaria, alla quale i detti beni sono affetti; che ordinando di fare questa deduzione, il Tribunale non ha considerate le basi stabilite dalla legge, e per conseguenza ha creato un genere di deduzione puramente arbitrario; che l'art. 8. Sezione quarta della prima Classe della Tariffa è senza applicazione al caso; che quest' articolo non è in effetto applicabile che alle persone le quali hanno acquistato un semplice usufrutto sopra immobili, mentre nella Causa trattasi di una proprietà acquistata per mezzo di successione in linea collaterale; che d'altronde da questo articolo risulta, che nel caso di un semplice usufrutto acquistato per successione i diritti sono dovuti dopo la dichiarazione su l'intiero valore dei beni, senza che vi sia luogo a fare veruna deduzione per causa dei pesi che vi possono esistere; che il Tribunale, il di cui giudizio è impugnato, ha per conseguenza fatto una falsa applicazione del detto art. 6., e violato l'art. 3. della detta legge ....; cassa la Sentenza pronunciata dal Tribunale civile del Circondario di Falaise li 7 Ventoso, anno IX. »

« Del 13 Nevoso, anno XI. — Sezione civile (2). »

---

(1) Questo significato, sinonimo di *fondiaria*, sta espresso dallo stesso sig. Merlin, *Questions de Droit*, v. *Enrégistrement*, § 18. Tom. IV. pag. 331.

(2) Merlin, *Répertoire*, v. *Enrégistrement*, pag. 331-332.

Esempio II.

In un caso simile il Tribunale civile del Circondario di Brionde aveva pronunciata li 21 Germinale, anno X., in favore dei figli di Stefano Maigne, una Sentenza conforme a quella del Tribunale di Falaise sovra riportata.

« Considerando (diceva la detta Sentenza) che l'art. 50. della legge 22 Frimale, anno VII., non ha inteso parlare che di carichi fondiarj, come sarebbero le imposizioni, e non delle prestazioni fondiarie, quali sono le rendite di questa natura, che affette ai fondi e patrimonj ne diminuiscono necessariamente il valore; atteso che se fosse altrimenti, cioè a dire se l'erede non avesse ragione di dedurre il capitale delle rendite fondiarie di cui fosse debitore, egli soggiacerebbe alla doppia obligazione di pagare un diritto per quelle che a lui sarebbero dovute, senza che potesse fare la detrazione di quelle ch'egli dovrebbe; da dove ne risulterebbe ancora, che la nazione percepirebbe due diritti per lo stesso oggetto, l'uno dal debitore della rendita, e l'altro dal creditore proprietario della medesima, lo che non può essere conforme alle mire del Legislatore: atteso che i figli di Stefano Maigne a buon diritto hanno potuto sottrarre dalle loro dichiarazioni il capitale della rendita fondiaria, alla quale è soggetta la eredità notificata; e che in questo caso, avendo pagato tutto ciò di cui essi potevano andare debitori, non possono essere assoggettati ad un supplemento di diritto, e per conseguenza al diritto per il di più: per questi motivi il Tribunale, giudicando in ultima istanza, ammette l'opposizione dei figli di Stefano Maigne al precetto rilasciato contro essi dalla Regía li 22 Fiorile, anno VIII.; e facendo diritto su la detta opposizione, ritenuto l'Atto di offerta del 2 Fruttidoro, anno VII., dichiara avere gli opponenti pienamente pagato il diritto da essi dovuto alla nazione a causa della successione del loro padre Stefano Maigne; e rigetta in conseguenza la dimanda della Regía. »

La Regía del registro ricorse per la cassazione di questa Sentenza, quale venne di fatti cassata con la seguente

Decisione.

« Visto l'art. 15. Tit. II. della legge 22 Frimale, anno VII. »

« Atteso che questa legge proibisce la detrazione dei carichi per la fissazione del diritto di registro su gl'immobili trasmessi a causa di morte, e ch'essa non distingue la contribuzione fondiaria dagli altri carichi; atteso che le rendite fondiarie sono pesi degl'immobili sopra i quali esse sono stabilite, e che la distinzione adottata dal Tribunale di Brionde, nel giudizio di cui trattasi, è contraria al testo ed allo spirito della legge sopra riportata; cassa ed annulla, ec. ».

« Del 19 Pratile, anno XI., sopra Rapporto del sig. Audier Massillon (1).

Esempio III.

« Il sig. Gobiert aveva comperato a Bruxelles una casa aggravata di due rendite pretese *fondiarie*, ed a ragione della loro qualità era stato deciso con Sen-

(1) Merlin, *Questions de Droit*, v. *Enrégistrement*, pag. 332-333.

tenza del 6 Termidoro, anno XI., che queste rendite non dovevano essere riputate *carichi* sottoposti al diritto di registro. La Regía ricorse in Cassazione. Essa sostenne che le rendite non erano fondiarie; essa sopra tutto ebbe cura di stabilire come regola generale, *che al giorno d'oggi la legge non riconoscendo più rendite fondiarie* IRREDIMIBILI, *le rendite fondiarie anteriori devono ormai essere riguardate come rendite costituite, semplicemente ipotecarie.* »

« La difesa della Regía supponeva adunque come principio, che per Diritto comune (ed anche dopo la legge civile del 29 Dicembre 1790) le rendite fondiarie non fossero più che semplici *carichi.* »

DECISIONE.

« Visto l'art. 15. n.° 6. della legge 22 Frimale, anno VII. »

« Atteso che quest'articolo vuole imperiosamente che il diritto proporzionale sia percepito nelle rendite ed aggiudicazioni di beni immobili dietro il prezzo espresso nell'Atto traslativo di proprietà, *aggiungendovi* TUTTI I CARICHI *in capitale;* »

« Atteso che nel caso in controversia le rendite, delle quali l'immobile venduto era aggravato, erano un *carico* stabilito su quest'immobile, e che nè meno è giustificato che queste rendite siano fondiarie ed inerenti ai fondi; »

« Atteso d'altronde che, dopo che le rendite *fondiarie* sono state essenzialmente dichiarate *redimibili,* non havvi più luogo a distinguerle, *sotto il rapporto della percezione dei diritti di registro,* dagli altri *carichi* dei quali il fondo può essere gravato; »

« La Corte cassa, ec. Del 9 Fruttidoro, an. XII. Presidente il sig. Maleville. Relatore il sig. Bailly (1). »

OSSERVAZIONI.

Dopo la lettura delle sovra recate Decisioni giova qui richiamare la distinzione, su la quale insiste il sig. Sirey, fra il *Diritto comune* e il *Diritto fiscale* (2). Egli pretende che con le dette Decisioni non siasi fatto valere se non il Diritto fiscale, di modo che il Diritto comune anteriore alla legge del registro possa essere ciò non ostante *operativo.* Da questa opinione verrebbe la conseguenza, che in qualunque questione relativa a livelli o ad altra rendita fondiaria, costituita sotto l'impero di un'anteriore Legislazione, emergente in oggi o in futuro, allorchè si trattasse non una Causa di registro, ma bensì una qualunque altra Causa civile, si dovessero ritenere le dette rendite fondiarie come operative secondo la loro primitiva costituzione.

Ma questa opinione è poi certa? È egli poi vero che la sopra recata distinzione fra la *ragione di Diritto comune* e la *ragione di Diritto fiscale* possa essere praticamente ricevuta? Dico *praticamente:* lo che, come ognun vede, im-

---

(1) Vedi Sirey, Tomo IV. Parte I. pag. 383-384. — (2) Idem, Tomo IV. Parte I. pag. 382-383.

porta sommamente per le decisioni di ogni affare contenzioso che può insorgere. Se questa distinzione fosse puramente speculativa, essa sarebbe incapace a produrre qualunque effetto pratico di Diritto. Diciamo di più: essa, considerata legalmente, formerebbe anzi un argomento per decidere in contrario al preteso Diritto comune. Per la qual cosa conviene indagare se la distinzione che in senso *speculativo* si fa tra la Ragione fiscale e la Ragione comune sussista pure in senso legislativo e giudiziario.

Traducendo la questione ne' suoi termini competenti di fatto e di diritto, che cosa finalmente significa? Ecco. *Esser vero, secondo i principj del Diritto comune anteriore, che una rendita fondiaria non costituiva un ónere del fondo che importasse semplicemente la ipoteca del fondo medesimo per la di lei prestazione; ma bensì ch'essa era la conseguenza d'una porzione del diritto di proprietà appartenente al creditore della rendita medesima.* Ma che segue da ciò? Forse ne segue che in oggi si debbano tali rendite considerare come rivestite dei loro antichi caratteri, di modo che nel caso di dover decidere una semplice questione civile tali caratteri si debbano ancora in oggi far operare, e dovendosi decidere una questione di registro si debbano considerare questi stessi caratteri come cangiati, per vestire in vece la qualità di semplice ónere? Ecco in ultima analisi a che si riduce l'intento del sig. Sirey.

Ma qui domando di nuovo se questa pretesa sia legalmente sostenibile. — Io concedo di buon grado che, considerata la natura primitiva delle vecchie rendite fondiarie, di cui parliamo, in un senso logico ed astratto, essa è quale viene raffigurata, e per conseguenza tutte le illazioni che in quest'astratta considerazione si deducono siano irrefragabili. Ma altro è il determinare la Ragione comune dietro quest'astratta considerazione, ed altro è il determinarla dopo una legge positiva, nella quale questa Ragione comune non può essere più operativa.

A fine di sostenere ch'essa è operativa converrebbe prima dimostrare che questa Ragione comune sia in oggi sussistente. Ma come sarebbe possibile dimostrar ciò, dopo che una legge posteriore ha effettivamente cangiati i caratteri fondamentali primitivi del soggetto su 'l quale interamente s'appoggia questa Ragione comune?

Si dirà che questa legge posteriore è puramente *fiscale*. Fiscale, io rispondo, nell'imporre una data contribuzione; ma non è punto fiscale nel qualificare il soggetto della contribuzione medesima. Può essere bensì libero e possibile ad un Legislatore il disporre come a lui piace sopra un dato soggetto; ma non può mai esser libero nè possibile il cambiare l'intrinseca natura del soggetto contemplato. La *disposizione* è arbitraria; la *supposizione* è necessaria. Come a me è libero di descrivere un circolo o un quadrato, così non è più in mia libertà, dopo di aver deliberato di descrivere il quadrato, far sì ch'egli sia un circolo, o viceversa. Chiunque pretendesse il contrario pronuncerebbe un assurdo.

Applichiamo la parità. L'operazione fiscale della legge su 'l registro consiste essenzialmente nell'imporre una data tassa sopra determinati oggetti cadenti nel commercio civile. Ma la natura legale di questi enti, i rapporti fondamentali di Diritto sono forse oggetti fiscali? Quel Legislatore che nella sua fonda-

mentale supposizione considera la rendita fondiaria come semplice *peso*, può egli forse nello stesso tempo considerarla come *porzione della proprietà* di un altro? Chiara ed ineluttabile è la risposta negativa, a meno che violare non si voglia il principio di contradizione.

Ciò posto, domando inoltre se questa prima supposizione fondamentale, dietro la quale si stabilisce il diritto d'imposta, sia o no in sè medesima una considerazione di *Diritto civile statuente.* — Con questa considerazione, ossia meglio qualificazione legislativa, non si escludono forse essenzialmente i vecchi caratteri della rendita contemplata? Questo non è ancor tutto.

Siccome il principio fondamentale di Diritto dell'imposta riposa su 'l supposto di un dato beneficio contemplato dalla legge civile, in correspettività del quale si paga l'ónere; così con la legge stessa fiscale si suppone che in atto pratico e per ragione civile i caratteri e i rapporti della rendita si verifichino positivamente. *Tu acquisti legalmente una data proprietà* (dice la legge): *dunque devi pagare in proporzione il tributo.* Dunque ne viene per necessaria conseguenza, che la legge del registro, com' è pedisequa, in tutte le altre sue supposizioni, alla natura dei beni stabilita dalla Ragione civile vigente, lo sia pur anche in materia di rendite fondiarie.

Quale assurdo, sia legislativo, sia politico, sarebbe mai maggiore di quello di figurare lo stesso Legislatore, mentre stabilisce il Diritto civile per il futuro, ritenere le antiche rendite come una proprietà *divisa,* non suscettibile della sua imposta, e nella quale anzi manca il soggetto o il titolo dell' imposta medesima, come sopra avvertì anche la Corte di Cassazione dell' Impero; e mentre stabilisce l' imposta medesima, ritenere la contraria qualità, e su questa stabilire un ramo di rendita fiscale senza titolo reale, ed anzi con la positiva mancanza del corrispettivo titolo fondamentale, onde aggravare un contribuente? Questa mostruosa contradizione non si può figurare da niun uomo ragionevole, senz' attribuire alla legge una qualità derisoria e un'aperta ingiuria fiscale.

All' opposto siccome le leggi posteriori prevalgono alle anteriori, e le anteriori vengono abrogate o derogate per la sola incompatibilità o totale o parziale con le leggi posteriori (1); così è forza conchiudere, che ragionevolmente non può sussistere, nè in senso legislativo nè in senso pratico legale, la distinzione fatta dal sig. Sirey fra la *ragione di Diritto comune* e la *ragione di Diritto fiscale;* ma per lo contrario non potersi verificare che una sola e identica ragione legislativa, la sola compatibile con quella rigorosa unità ch' è indispensabile ad ogni ordine di leggi e di Governo.

Che se per un senso di rispetto alla Decisione della Corte di Cassazione del 4 Ventoso, anno X., è a lui piaciuto d' introdurre questa distinzione, si può bensì ammirare la sua venerazione, ma non seguirla: sì perchè la buona logica, e assai più la rigorosa giustizia, non si piega con le affezioni; e sì perchè è assai minor male confessare un primo errore in un Tribunale comunque rispettabile, che supporre nel Legislatore una mostruosa contradizione, ed un' odiosa ed ag-

---

(1) Vedi la Nota n.° III.

gravante disposizione nello stabilire una imposta senza titolo, ed anzi contro i principj fondamentali fedelmente osservati nella identica materia (1).

Nota III.

Avis du Conseil d'État du 14 Nivose, an. VIII.

Le Conseil d'État.....

Est d'avis que ces lois dont il s'agit, et toute autre loi *dont le texte serait inconciliable avec celui de la Constitution, ont été abrogé par le fait seul de la promulgation de cette Constitution; et qu'il est inutile de s'adresser au Législateur pour lui demander cette abrogation.*

En effet, c'est un principe éternel, qu'une loi nouvelle *fait cesser toute loi précédente, ou toute disposition de loi précédente contraire à son texte: principe applicable, à plus forte raison, à la Constitution, qui est la loi fondamentale de l'État.....* (2).

Questo principio dell'*implicita abrogazione* per inconciliabilità intrinseca della posteriore Disposizione con l'anteriore fu più volte applicato dalla Corte di Cassazione nelle Decisioni su diverse materie: come se ne possono vedere esempj nella Decisione 3 Nevoso, anno X., nella Causa Lelieure-Lagrange (3); nella Decisione 28 Ottobre 1809 nella Causa fra il Ministero publico contro Berh (4); ed in altri casi: e ciò anche conformemente al disposto della legge romana 16. *ff. De legibus.*

---

(1) Leggendo attentamente la detta Decisione 4 Ventoso, anno X., si rileva che non in una questione civile, ma precisamente in una questione di registro si è fatto uso dei pretesi vecchi rapporti delle rendite fondiarie secondo il Diritto comune anteriore per escludere la disposizione formale della legge del registro; di modo che quella Decisione per questa incompetente applicazione di diritto non sarebbe stata mai, sotto qualunque aspetto, sostenibile.

(2) Sirey, Tomo I. Parte II. pag. 36.

(3) Idem, Tomo II. Parte I. pag. 190.

(4) Idem, Tomo X. Parte I. pag. 303.

DELLA CONVERSIONE

DEI LIVELLI ANTERIORI AL CODICE NAPOLEONE

IN SEMPLICI RENDITE PERPETUE.

Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* del 1812,
Tom. V. pag. 175 a 237, e 340 a 384.

TESI I.

In forza degli articoli 732. *e* 745. *del Codice Napoleone, agli antichi livelli detti* EX PACTO ET PROVIDENTIA *fu tolto ogni vincolo lineare.*

(Requisizione del signor Merlin, Regio Procuratore generale presso la Corte di Cassazione dell' Impero francese)

§ 1001. Il Regio Procuratore generale Imperiale espone, che dalla Corte d'Appello di Torino è stata pronunciata gli 11 Termidoro, anno XIII., una Decisione, con la quale essendosi apertamente violata la legge, ne implora la cassazione per l'interesse della medesima legge.

FATTO.

« Il secondo giorno complementario dell'anno XI. morì a Broni, Circondario di Voghera, Sereno Beltrami, lasciando due figli maschi, Giovanni e Luigi, e due figlie, cioè Margherita sposa di Luigi Arigoni, e Giuseppina sposa di Giovanni Erba. »

« Nella sua successione si sono trovati dei beni ch'egli aveva tenuto ad enfiteusi ecclesiastica. Ecco l'origine del suo possesso. »

« Si vede che, in forza di un Atto notarile 2 Genajo 1702, Teodoro Bigorre, titolare della cappella di san Giovanni evangelista, fondata nella chiesa parochiale della Madonna del Carmine, aveva ottenuto dalla Corte di Roma l'autorizzazione di cedere i beni del suo beneficio a ti-

tolo d'enfiteusi sino alla terza generazione dei concessionarj. *Facultatem et licentiam concedendi bona, de quibus fit mentio in precibus, ad tertiam generationem, pro annuo canone 24 librarum imperialium, cum obligatione eadem bona de proprio meliorandi, ac cum aliis pactis et conditionibus consuetis, et Ecclesiae favorabilibus.* »

« Che in conseguenza di quest'autorizzazione il beneficiario Bigorre aveva investito dei beni di cui trattasi, *usque ad tertiam generationem*, certo Contardo de Bagnoli tanto per sè, che per li suoi figli, fratelli e cugini-germani paterni, tutti viventi in comune con lui. *Investivit Contardum Bagnolum, stipulantem et acceptantem tam pro se, quam nomine ac ad partem et coutilitatem Joannis-Baptistae et Joannis-Mariae ejus filiorum, nec non Caroli et Josephi ejus fratrum de Bagnolis, verum etiam Jacobi, Petri-Joannis et Petri-Martyri pariter de Bagnolis, filiorum quondam Antonii dicti Contardi et fratrum Petri, omnium in commune viventium cum dicto Contardo.* »

« La famiglia Bagnoli non possedette questi beni tanto lungamente, quanto le prometteva quest'Atto. Circa quarant'anni dopo essa li vendette a Bartoloméo Beltrami, ed in conseguenza di tale vendita il sig. Luca, Canonico e successore del sig. Bigorre nella cappella di san Giovanni evangelista, li 24 Dicembre 1746 accordò a Bartoloméo Beltrami l'investitura di questi stessi beni. »

« S'ignora in quali termini ed a quali condizioni fosse stata accordata tale investitura. »

« Ma esiste un Atto notarile del 1.° Febrajo 1747, co 'l quale il sig. Luca dichiara (ratificando la detta investitura) d'investirne Bartoloméo Beltrami tanto per sè, quanto per Giacomo-Filippo e Sereno suoi figli, e per li suoi eredi e successori sino alla terza generazione. *Investivit et investit Bartholomaeum de Beltrami .... praesentem, acceptantem ac se investientem pro sese, ac etiam ad utilitatem Jacobi-Philippi et Sereni ejus filiorum, suique haeredibus et successoribus usque ad tertiam generationem, et non aliter.* »

« Il canonico Luca aggiunge, che con quest'Atto egli non fa che rinovare la concessione enfiteutica degli stessi beni, stata fatta li 2 Genajo 1702 alla famiglia de Bagnoli. »

« Giacomo-Filippo e Sereno Beltrami erano, come si è veduto, i primi chiamati all'enfiteusi dopo Bartoloméo Beltrami loro padre. L'Atto non ispiega se in loro mancanza o alla loro morte l'enfiteusi sarà trasmissibile a tutti i loro figli indistintamente. Esso dice soltanto che l'investitura passerà agli eredi e successori del loro padre Bartoloméo.

Comunque sia la cosa, è stato rimarcato nella contestazione, della quale tosto si parlerà, che Sereno Beltrami a quest'epoca aveva una figlia, nata li 3 Febrajo 1737; e si è molto disputato perchè essa non era nominata nell'Atto d'investitura di Bartoloméo suo avo. »

« Sia che Giacomo-Filippo Beltrami non fosse sopravissuto a suo padre, sia ch'egli fosse da poi morto senza figli, è sempre certo che l'enfiteusi si trovava nelle mani di Sereno Beltrami suo fratello allorchè quest'ultimo, come si è già detto, morì il secondo giorno complementario dell'anno XI. »

« Quale sarebbe stata la sorte dei beni che la componevano, se a quest'epoca l'antica Giurisprudenza piemontese fosse stata ancora in tutto il suo vigore? Questo è un punto, sopra il quale importa fissare tutta l'attenzione, se vuolsi cogliere bene il nodo della difficoltà insorta fra i figli maschi e femine di Sereno Beltrami. »

« Le leggi romane distinguevano due specie d'enfiteusi: l'*enfiteusi laicale* e l'*enfiteusi ecclesiastica.* La prima è a bastanza per sè stessa definita. Si qualificava poi *enfiteusi ecclesiastica* quella che cadeva su i beni della Chiesa, qualunque fosse la qualità o la professione sia dei concedenti, sia dei cessionarj. *An saecularis, an ecclesiastica dicenda sit, non ex accipientium vel dantium persona, sed ex sola rei datae conditione aestimandum est,* dice Voet su 'l Digesto, Tit. *Si ager vectigalis,* n.° 9. »

« L'imperatore Giustiniano co 'l Capo III. della Novella VII. aveva stabilito che i beni ecclesiastici non potessero essere dati ad enfiteusi che all'enfiteuta e a due de' suoi eredi successivamente, semprechè fossero o suoi figli o figlie, o suoi nipoti dell'uno o dell'altro sesso; ed aveva permesso nullameno di chiamarvi anche il conjuge dell'enfiteuta: ma aveva espressamente proibito di stipularne la trasmissione ad ogni altro erede; di modo che in mancanza o dei figli e delle figlie, o dei nipoti e delle nipoti, o del conjuge del concessionario primitivo, l'enfiteusi doveva ritornare alla Chiesa. *Emphiteusim autem sive in sanctissima majore Ecclesia, sive in omnibus reliquis adorandis domibus fieri sinimus, et in accipientis persona et in duobus ejusdem personae haeredibus deinceps, filiis tantum solis masculis aut foeminis, aut nepotibus utriusque naturae, aut uxore, aut viro, si hoc videlicet de uxore aut viro expresse nominatur, alioquin non transire ad aliquem alterum haeredem; sed usque ad solam vitam percipientium standum, nisi filios aut nepotes habuerint. Aliter enim penitus emphiteusim agri Ecclesiae cujusdam aut ptochii rei immobilis, aut*

mancipii rustici, aut civilis annonae, nullo permittimus modo; neque quod fit habere aliquod penitus robur sinimus. »

« Alcuni anni dopo Giustiniano trovò conveniente di dare maggior estensione a queste sorta di concessioni. Co 'l Capo VI. della Novella CXX. permise a tutte le Chiese, eccettuate quelle di Costantinopoli, di concedere ad enfiteusi perpetua, mediante certe formalità, i beni dai quali esse non potessero ricavare un partito vantaggioso conservandoli. *Licentiam igitur damus praedictis venerabilibus domibus non solum ad tempus emphiteusim facere immobilium rerum sibi competentium, sed et perpetue haec emphiteutico jure volentibus dare.* »

« In sequela di questa legge le enfiteusi ecclesiastiche perpetue divennero, a guisa delle enfiteusi laicali, trasmissibili agli eredi estranei, come agli eredi della famiglia dei concessionarj enfiteuti. *Sic ad cujuscumque gradus haeredes sive cognatos, sive extraneos devolvitur*, dice di nuovo Voet al luogo già citato. »

« Ma le enfiteusi ecclesiastiche temporarie, le quali esigevano meno formalità, rimasero sottoposte alla Novella VII.; e conseguentemente non ebbero che i figli e le figlie, i nipoti e le nipoti, e gli sposi dei concessionarj, che vi potessero essere chiamati in forza dei primordiali Atti d'investitura. »

« Tal era su questa materia tutta l'economía del Diritto romano in quest'ultimo stato; e quindi si vede chiaramente che non eravi, quanto alla successione dei beni enfiteutici, nel caso in cui essa poteva aver luogo, alcuna differenza tra i figli maschi e le femine. »

« Ma ciò che l'imperatore Giustiniano volle proscritto, lo introdusse l'uso da poi in un gran numero di contrade, e segnatamente in quelle dell'in addietro Savoja ed in Italia. Ivi si tenne per regola generale, che, fuori del caso di una vocazione espressa, l'enfiteusi ecclesiastica, sia perpetua, sia temporaria, non si trasmetta nè alle donne, nè agli eredi estranei. *Neque in foeminas transire solet, neque in extraneos haeredes*, dice il presidente Fabro nel suo Codice, Lib. IV. Tit. XLIII. Def. LXXV. n.° 7. Da questo derivò l'esclusione delle figlie sino a tanto ch'esistevano maschi, anche quando l'investitura fosse stata accordata all'enfiteuta per li suoi discendenti e successori senza distinzione. *Emphiteusis alicui concessa pro se et filiis dividenda est inter omnes liberos non tantum masculos, sed etiam foeminas, nisi foeminae speciatim exclusae appareant;* VEL NISI ECCLESIASTICA SIT, *cum haec in foeminas non transeat, nisi generatim pro descendentibus et successoribus concessa sit, atque deficiant masculi.* Così si esprime

Richeri nella sua *Raccolta delle Decisioni del Senato di Torino*, Tomo IV. pag. 99; e tal era, secondo lo stesso autore, la costante Giurisprudenza di questa Corte, come segnatamente lo provano due delle sue Decisioni: l'una del 25 Agosto 1642, l'altra del 21 Novembre 1770.»

« Havvi ancora di più. Per succedere all'enfiteusi non era necessario d'essere erede dell'ultimo possessore, perchè il successore all'enfiteusi, quantunque escluso dalla successione dell'ultimo possessore, sia per diseredazione, sia per ripudio, veniva chiamato all'enfiteusi come ad un fedecommesso, ed i figli erano riputati tenere l'enfiteusi non come eredi del loro padre, ma come chiamati dalla volontà del concedente. *Neque necessaria est haereditaria qualitas* (prosegue il Richeri); *sed emphiteusim habent filii, licet a patre haeredes instituti non fuerint, vel paternam haereditatem repudiaverint: neutrum consequuntur filii ex patris, sed ex concedentis voluntate; atque emphiteusis res plane distincta est a parentum haereditate, prout obtinet in fideicommisso.* »

« Premesse queste nozioni, passiamo ora alla contestazione insorta fra i figli e le figlie di Sereno Beltrami. »

« Queste, dopo un tentativo di conciliazione che riuscì di niun effetto, citarono avanti il Tribunale civile del Circondario di Voghera i loro fratelli, per vedersi dichiarare che i beni enfiteutici, trovati nella eredità del loro padre comune, fossero tra esse divisi, ed in eguali porzioni; ed in appoggio di questa domanda sostennero: 1.° ch'esse erano comprese nell'Atto d'investitura del giorno 1.° Febrajo 1747, sotto i termini generali *suisque haeredibus et successoribus*; 2.° che supponendo non fossero state comprese nella vocazione, ed avessero dovuto esserne escluse se la successione del loro padre si fosse aperta sotto l'antica Giurisprudenza, nulla ostante esse avevano diritto ad una porzione eguale, essendo morto il padre loro sotto l'impero del Codice Napoleone, che da una parte stabilisce per principio, nell'articolo 932., che *la legge non considera nè la natura nè l'origine dei beni per regolare la successione*; e d'altra parte vuole, con l'art. 745., che *i figli o i loro discendenti succedano ai loro padre e madre, avi ed avole, o altri ascendenti, senz'alcuna distinzione di sesso, nè di primogenitura.* »

« Giovanni e Luigi Beltrami si opposero; ed il Tribunale civile di Voghera, adottando il loro sistema su l'uno e l'altro punto, con Sentenza del dì 24 Brumale, anno XIII., rigettò la domanda delle sorelle Beltrami. »

« Queste appellarono; e la Causa fu portata avanti la Corte di Torino. Il Ministero publico ha osservato che non risulta in alcun modo, dall'Atto d'investitura 1.° Febrajo 1747, che i figli maschi fossero i soli successibili all'enfiteusi di cui si tratta; che così il diritto esclusivo reclamato dai fratelli Beltrami non saprebbe avere altra base, che una massima di Giurisprudenza portante che la successione all'enfiteusi dei beni ecclesiastici dev'essere regolata secondo il modo delle successioni feudali, dalle quali le donne erano sempre escluse; ma che questa massima, nello stato presente delle cose, non poteva nullamente favorirli, stantechè l'antico ordine di successione relativamente ai feudi è stato annullato dalle disposizioni del nuovo Codice: che d'altronde i fratelli Beltrami, nel caso concreto, non potrebbero implorare il favore di un diritto quesito in conseguenza della stipulazione; perchè, trattandosi di contratto, il diritto non è validamente acquistato che allorquando essendo stipulato fra le parti interessate, ha ricevuto una individuale applicazione: che per conseguenza il diritto dei fratelli Beltrami non era, durante la vita del padre loro, che una semplice aspettativa cui la legge ha frustrata; che il padre essendo morto dopo la publicazione delle nuove leggi, non ha potuto trasmettere la sua successione a'proprj figli che tale e quale era rimasta nelle sue mani, cioè esente da ogni obligo di restituzione (?); che senza considerare nè la natura nè l'origine dei beni, i fratelli e le sorelle sono egualmente chiamati a succedere all'eredità del loro padre comune, quando non havvi punto di disposizione particolare su la quota disponibile; che l'eredità è un nome collettivo, sotto il quale s'intendono tanto le cose, quanto i diritti; che i diritti o le azioni, di qualunque specie possano essere, sono soggetti alla divisione tra i coeredi. »

« Dietro a queste osservazioni il Ministero publico ha conchiuso per la riforma della Sentenza del Tribunale civile di Voghera. »

« La Corte d'Appello di Torino ha opinato diversamente; ed ecco com'essa ragionò: »

Decisione dell'Appello.

« Prima di tutto ha considerato: che siccome nel presente caso trattasi d'una enfiteusi stabilita su i beni facenti parte della dote di un beneficio ecclesiastico, così non havvi dubio che una tale enfiteusi non sia ecclesiastica, essendo le parti stesse d'accordo su questo punto — ch'è della natura dell'enfiteusi ecclesiastica di non passare che ai soli discendenti maschi, ancorchè l'Atto presenti la clausola *pro se et hac-*

redibus suis — che questo principio, fondato su 'l Diritto comune consegnato nella Novella VII. di Giustiniano, Capo III., è stato ancora più sviluppato con diversi antecedenti Giudicati del Senato di Piemonte; e segnatamente con le Decisioni 5 Marzo 1655 nella Causa tra i monaci della Certosa ed un certo de Broeriis, dietro Rapporto del senatore Leone; e del 28 Febrajo 1735 nella Causa di Bordoni e Tioletto, relatore Laurenti — che questa è la prima differenza tra l'enfiteusi ecclesiastica e l'enfiteusi laicale, di far sì che la qualità sola di discendente del primo investito non basti perchè si possa stabilire a suo profitto la vocazione ad una enfiteusi ecclesiastica; ma essere di più necessaria la qualità di maschio agnato, poichè, dietro la dottrina del De Luca nel suo Discorso LXI. *Dell' enfiteusi*, si adottò presso di noi la massima, che l'enfiteusi ecclesiastica non passa alle femine, nè ai maschi nati da esse: massima attestata tanto dal presidente Fabro, Def. LXXV. Tit. XLIII. Lib. IV. del suo Codice, quanto dalla Decisione del Senato, pronunciata li 22 Dicembre 1739, nella Causa De Advocatis, dietro Rapporto del Senatore Blavet, nei motivi della quale Decisione, dopo essere stato dichiarato che, dietro l'interpretazione adottata dai Tribunali superiori del Piemonte, *appellatione filiorum, sive descendentium masculorum, masculi et foeminae comprehenduntur*, si trova immediatamente una eccezione a questa regola nei seguenti termini: *Nisi de feudis rectis aut emphiteusi ecclesiastica tractetur, quorum propria natura ac conditio illa est, ut neque ad foeminas, neque ad masculos ex iis descendentes pervenire unquam possit* — che da queste autorità la Giurisprudenza piemontese venne fissata sopra un punto che, a termini del Diritto comune, poteva sembrare dubioso; e specialmente dalla Novella VII., la quale, senza stabilire in principio generale che l'enfiteusi ecclesiastica passa alle femine, sembrava accordare la facoltà di chiamarvele in virtù di un patto espresso — che nella specie il titolo originario d'enfiteusi, di cui trattasi, è l'Atto del 2 Genajo 1702, al quale quello del 1.° Febrajo 1747, o, per meglio dire, del 24 Dicembre 1746 si riporta, come viene dimostrato evidentemente con la clausola ivi apposta: *Non novam investituram faciendo, sed veterem renovando* — che nel suddetto Atto dell'anno 1702 non esiste veruna clausola, nella quale le femine siano espressamente comprese; ma all'opposto risulta dallo stesso Atto, che l'investitura dei beni enfiteutici, di cui si tratta, non è stata accordata agl'individui ivi menzionati se non a termini della permissione della Corte di Roma, vale a dire *usque ad tertiam generationem:* espressione la

quale, secondo la consuetudine, fissa la durata dell'enfiteusi; *et cum pactis et conditionibus consuetis:* con le quali parole si volle designare senza dubio l'esclusione delle femine. essendo precisamente una delle solite condizioni nell'enfiteusi ecclesiastica quella di escludere le femine — che il titolo del 1702 essendo quello che deve regolare la vocazione all'enfiteusi, della quale si tratta, le clausole più ampie, inserite nell'Atto del 24 Dicembre 1746, non meritano alcun riguardo — che per conseguenza la clausola *pro haeredibus et successoribus* è inconcludente per indi inferire la vocazione in favore delle femine; o per lo meno questa clausola, ad oggetto di conciliare l'investitura posteriore con l'anteriore, dev'essere, in forza di una interpretazione ristrettiva, estesa ai soli discendenti maschi: di più, anche nell'ipotesi che una simile clausola fosse stata validamente apposta all'investitura in questione per comprendervi le femine, queste non sarebbero chiamate, in virtù di questa clausola, se non in mancanza dei maschi; tale essendo l'interpretazione che vi è stata data con la Decisione pronunciata dal Senato nella Causa tra i Gesuiti e Ponte li 25 Agosto 1742 sopra Rapporto del senatore Abecclesia. »

« Dopo avere in tal modo stabilito, sia che si consultasse il tenore dell'investitura, sia che si facessero valere la antiche massime del Piemonte, dovere le sorelle Beltrami essere escluse dai loro fratelli dalla successione dei beni enfiteutici in disputa, la Corte d'Appello di Torino ha esaminato se le disposizioni del Codice Napoleone, sotto l'impero del quale era morto l'ultimo possessore di questi beni, potevano mutare qualche cosa a tale determinazione. »

« Ed a questo proposito essa ha considerato: che in tesi generale, allorquando trattasi di beni provenienti da acquisto che un ascendente comune delle parti ha fatto in virtù di un contratto sotto certe condizioni e modificazioni legalmente stipulato con un terzo, è necessario attenersi alle condizioni di questo contratto, allorchè si debbano decidere le contestazioni che ne derivano; e conseguentemente ciò si devè praticare anche nel caso in cui insorgano tra i discendenti dei primi acquisitori questioni su la trasmissione dei beni — che nel presente caso, in cui le leggi del contratto si riferiscono fra le altre cose alla qualità delle persone chiamate al godimento dei beni, non escludendo le femine discendenti dal primo investito, si violerebbero le suddette leggi in una cosa assai essenziale, siccome è l'ordine di vocazione, non ostante che colui che ha stabilito l'enfiteusi non abbia voluto ammetterle a raccogliere i beni — che non si può creare una nuova classe d'enfiteusi

contro l'intenzione di colui che fece la concessione enfiteutica — che, poste queste basi, non havvi luogo ad applicare alla specie nè l'art. 732., nè l'art. 745. del Codice civile, perchè tali leggi, relative alla materia delle successioni, sono estranee al caso particolare di cui si tratta; stantechè i fratelli Beltrami non acquistarono l'enfiteusi in questione in qualità di eredi legitimi del loro padre (qualità che certamente non attribuirebbe loro il diritto di succedervi esclusivamente dalle loro sorelle), ma essi vengonvi chiamati solo in virtù di un trattato costitutivo dell'enfiteusi, per conseguenza *ex pacto et providentia.* Ciò è tanto vero, che, secondo l'antica Legislazione del Piemonte, se fossero stati semplici legitimarj, non avrebbero potuto essere obligati d'imputare i detti beni enfiteutici nella loro legitima; ed anche, secondo le disposizioni del Codice civile, art. 843., essi non sarebbero tenuti alla collazione, la quale, a termini del detto articolo, non ha luogo che relativamente ai beni ricevuti dal defunto. Nel presente caso i signori Beltrami non ricevettero i beni, dei quali trattasi, dal defunto; ma, a rigore di termine, essi li hanno ricevuti dalle mani del titolare del beneficio che stabilì l'enfiteusi. Egli è ben vero che la vocazione non si verificò a loro profitto che dopo la morte del padre; ma altra cosa è un diritto di semplice successione, ed altra cosa è una semplice trasmissione di beni che si opera *per remotionem obstaculi*, mentre colui che precedeva nell'ordine della vocazione ha cessato di esistere. Egli è sotto quest'ultimo punto di vista, che nel caso concreto bisogna ravvisare la successione ai beni livellati dei fratelli Beltrami — ch'è inutile opporre alle osservazioni fatte l'esempio dei vincoli di primogenitura, di fedecommesso e di feudo: vincoli che avanti la publicazione del Codice civile sono stati soppressi con leggi particolari; d'onde segue necessariamente, che i beni i quali anticamente erano stati assoggettati a tali vincoli devono seguire le leggi delle successioni in generale. Ma niuna legge particolare *non ha sino ad ora soppressi i vincoli dell' enfiteusi;* e sarebbe senza dubio un violentare il senso delle leggi suddette (le quali non dispongono che su i vincoli di primogenitura, di fedecommesso e di feudo) l'estenderne la disposizione a beni di una natura differente, come sono i beni enfiteutici, la qualità dei quali deriva da un contratto ch'è una specie d'affitto. Per questa ragione è stato deciso dalla Corte di Cassazione li 29 Termidoro, anno X., che le leggi del 17 Luglio e 2 Ottobre 1793, 7 Ventoso e 9 Fiorile, anno II., sopprimitrici dei diritti feudali, non erano applicabili alle prestazioni dovute in virtù di un contratto d'enfiteusi — che se l'abolizione dei vincoli è desunta dall'art. 735. del Co-

dice civile, quest'articolo riceve la sua applicazione a beni di una natura affatto diversa da quella dei beni enfiteutici, dei quali si tratta; perchè, secondo la precedente osservazione, non devono essere compresi nella disposizione del detto articolo. »

« In conseguenza di tutte queste considerazioni la Corte d'Appello di Torino, riformando in un capo, su 'l quale non si disputa, la Sentenza del Tribunale civile di Voghera, ha, con Decisione dell' 11 Termidoro, anno XIII., rigettata la domanda di divisione dei beni enfiteutici delle sorelle Beltrami. »

Ragioni e motivi della requisitoria.

« Che la Corte d' Appello di Torino abbia ben pronunciato con la prima serie de' suoi motivi, giudicando che le sorelle Beltrami non avrebbero avuto alcun diritto a questi beni, se il loro padre fosse morto sotto l'impero dell'antica Giurisprudenza del Piemonte; ciò non par dubio, nè suscettivo d'esame avanti la Corte di Cassazione. »

« Ma ciò che non si può concepire si è, che la detta Corte abbia giudicato che l'antica Giurisprudenza del Piemonte su questa materia *non sia stata abrogata* all'epoca della morte di Sereno Beltrami, e che le leggi nuove non assicurassero alle figlie di questo una parte eguale nei beni che il medesimo aveva posseduto ad enfiteusi. »

« L'art. 732. del Codice Napoleone non gli permetteva di avere riguardo nè alla natura nè all'origine di questi beni PER REGOLARNE LA SUCCESSIONE: essa non poteva dunque escludere le sorelle Beltrami dalla divisione dei beni, sotto il pretesto che tali beni derivavano da una enfiteusi ecclesiastica. »

« Invano ella disse che non per diritto di successione questi beni dovevano essere deferiti ai discendenti di Sereno Beltrami, ma bensì che lo erano *jure contractus;* e che le espressioni del contratto 1.° Febrajo 1747, intese nel senso fissato dalla Giurisprudenza delle Decisioni, non chiamavano che i discendenti maschi. »

« L'una delle due: o dalla clausola di questo contratto, che chiamava i discendenti maschi di Sereno Beltrami, ne era risultato un fedecommesso, in virtù del quale Sereno Beltrami e ciascuno de' suoi successori era tenuto di conservare i beni enfiteutici nella famiglia sino alla terza generazione, senza potere alienarli, nè disporne; o questa clausola aveva lasciato a Sereno Beltrami, ed a ciascuno di coloro che gli dovevano succedere, la facoltà di venderli, di donarli, o di disporne a beneplacito, salvo il diritto del concedente di rientrare nel possesso

del fondo ceduto, sia a titolo di prelazione, sia a titolo di caducità, sia semplicemente per lo spirare dell'enfiteusi. »

« Nel primo caso l'effetto di questa clausola cessò dal momento che i fedecommessi sono stati aboliti nel Piemonte: e si sa ch'essi sono stati aboliti con la legge della Consulta piemontese 6 Termidoro, anno VIII. »

« Considerando (dice questa legge) ch'è della essenza del Governo libero di richiamare i beni alla libertà del commercio, e di togliere gli ostacoli alla ripartizione di questi beni tra i cittadini in una maniera la più eguale e possibile .... decreta: *i vincoli fedecommissarj e di primogenitura sono tolti.* — Egli è vero che per l'articolo 2. della stessa legge è stata sospesa, sino a tanto che non fosse proveduto con una posteriore legge, la facoltà di alienarli, e d'ipotecare i beni allora fedecommissarj. Ma questa sospensione è stata tolta li 9 Nevoso, anno IX., con una legge della Commissione esecutiva, che non lasciò sussistere la proibizione di alienare che in favore di quelli ch'erano chiamati immediatamente dopo i possessori attuali, ed allora solamente che questi non avessero figli [1]. »

« Nel secondo caso l'effetto della clausola, di cui trattasi, è stato neutralizzato dal Codice Napoleone; e questa è una verità facile a conoscersi. »

« Il Codice Napoleone non permette di sovvertire l'ordine di successione che per mezzo di testamenti, di donazioni tra vivi, e con instituzioni contrattuali in favore delle persone che si maritano, o dei loro figli nascituri. A riserva di queste eccezioni, esso rigetta ogni patto, ogni

---

(1) A questa corrisponde perfettamente la legge 6 Termidoro, anno V., attualmente vigente presso di noi.

« Considerando (dice questa legge) che non è consentaneo ai principj di un ben regolato Governo republicano il tolerare quei vincoli che impediscono la libera contrattazione dei fondi, che sono sorgenti di moltiplici litigi, e che importano l'ineguaglianza di fortune tra i figli di uno stesso padre per la sola accidentale circostanza d'essere l'uno prima dell'altro comparso alla luce. »

« Considerando che sommamente ripugna ai principj suddetti il lasciar sussistere le differenze che nascono dai diversi statuti in materia di successioni . . . ; »

« Art. 3. Dalla publicazione della presente legge si dichiara annullato qualsivoglia vincolo fedecommissario in oggi vigente sotto qualsivoglia denominazione, tanto in forza di disposizione tra vivi, quanto di ultima volontà; e le sostanze vincolate s'intendono fatte libere nella persona dell'attuale possessore, che ne potrà tosto disporre come d'ogni altra sua sostanza .... »

« Art. 11. Si dichiarano abolite ed annullate tutte le leggi, costituzioni, statuti e consuetudini, state finora osservate nei diversi luoghi della Republica, che negli oggetti determinati dalla presente legge portino una diversa disposizione, o siano in qualunque modo contrarie a quanto in questa stessa legge viene ordinato. » (*Collezione dei Proclami, Avvisi, Editti*, Tom. VIII. pag. 559-561.)

stipulazione, il cui oggetto sarebbe di dare ad un uomo tutt'altro successore, che quello designato dalla legge. = Non si può (dice l'art. 1130.) rinunciare ad una successione non ancora aperta, *nè fare alcuna stipulazione sopra una simile successione*, quand' anche vi acconsentisse colui, della cui successione si tratta. = E si attiene talmente a questo principio, e lo riguarda talmente come sacro, che vi assoggetta anche i contratti di matrimonio. = I futuri sposi (dice l'art. 1389.) non possono fare alcuna convenzione, il cui oggetto sarebbe di cambiare l'ordine legale delle successioni, sia in rispetto ad essi medesimi nella successione dei loro figli o discendenti, sia rispetto ai loro figli tra di essi. = »

« Così vanamente al giorno d' oggi una donna maritandosi stipulerebbe, come altre volte si faceva, che la tal somma di denaro che compone il suo appanaggio rimarrà *propria a' suoi della sua parte e della sua linea.* Una tale stipulazione non avrebbe più altro effetto, che di escludere questa somma dalla comunione; ed essa non impedirebbe, come altre volte, al marito, che verrebbe alla successione di suo figlio morto dopo la sua sposa, di ritenere questa somma, come erede di questo figlio, privativamente dai collaterali, ai quali l'antica Giurisprudenza la deferiva. »

« Così, a più forte ragione, invano al giorno d'oggi l'acquirente d'un immobile, sia a titolo di donazione, sia a titolo di compera, contrarrebbe verso il suo donatore o venditore l'obligazione di trasmetterlo a' suoi figli maschi, privativamente dalle sue figlie: una tale obligazione non conferirebbe a' suoi figli maschi alcuna specie di diritto. »

« Come adunque si potrebbe ancora presentemente dare qualche effetto alla clausola del contratto d' enfiteusi del 1.° Febrajo 1747, che chiama i discendenti maschi di Sereno Beltrami all' esclusione de' suoi discendenti? Forse perchè questo contratto è anteriore al Codice Napoleone? Forse perchè all' epoca, in cui è stato fatto, niente vi era in quella clausola che percotesse le leggi piemontesi su l' ordine di succedere? »

« Certamente questa circostanza sarebbe decisiva per l'opinione che ha abbracciata la Corte d'Appello di Torino, se i discendenti maschi di Sereno Beltrami fossero intervenuti nel contratto del 1.° Febrajo 1747, e vi avessero stipulato personalmente, nè avessero celebrata la stipulazione: allora si direbbe ch'essi con questo contratto hanno acquistato un diritto irrevocabile al possesso esclusivo dei beni enfiteutici; ed il Codice Napoleone non avrebbe nè voluto nè potuto spogliarli di questo diritto. »

« Ma nè i discendenti maschi di Sereno Beltrami, nè lo stesso Sereno Beltrami, non sono stati parti in questo contratto: questo contratto non è stato celebrato che tra il canonico Luca e Bartoloméo Beltrami padre di Sereno: non ha dunque conferito maggiori diritti a Sereno Beltrami ed a' suoi discendenti maschi, di quelli che non ha attribuito ai parenti collaterali d'una donna maritata sotto l'impero dell'antica Giurisprudenza la clausola con la quale, maritandosi, la detta donna stipulò una somma di denaro propria *a' suoi della sua parte e della sua linea.* E nella stessa guisa che, malgrado questa clausola, la somma così stipulata propria sarebbe deferita all'erede designato dal Codice Napoleone nel caso di una successione apertasi oggidì; così pure alle figlie come ai figli maschi di Sereno Beltrami, morto dopo la promulgazione del Codice Napoleone, devono appartenere i beni conceduti in enfiteusi al loro avo comune. »

« E per verità, quanto egli è evidente che il Codice Napoleone rispetta e mantiene i diritti acquistati prima della sua promulgazione, altretanto è chiaro che le semplici aspettative, le semplici speranze che esistevano prima della sua promulgazione sono cessate ed annullate all'istante stesso in cui per la sua promulgazione è divenuto legge comune e regola uniforme di tutti i diritti da acquistarsi in séguito. E ripetiamolo ancora una volta: i discendenti maschi di Sereno Beltrami non avevano alcun diritto quesito su i beni enfiteutici del padre loro avanti la sua morte, vale a dire prima della promulgazione del Cod. Nap. »

« Ma (ha detto la Corte d'Appello di Torino) ammettendo a prender parte nei beni enfiteutici una classe di discendenti del primo livellario, che il livellante ha voluto escludere, sarebbe lo stesso che violare il contratto d'enfiteusi a danno del concedente, o di coloro che lo rappresentano. »

« E qual pregiudizio gli si cagionerebbe con ciò? La Corte d'Appello di Torino su questo punto non si spiega; ma egli è facile penetrare il suo pensiero. La Giurisprudenza piemontese, ampliando la disposizione del Capo III. della Novella VII. di Giustiniano, che aveva limitata la durata dell'enfiteusi ecclesiastica a tre gradi, composti ciascuno di una sola persona, interpretava le tre generazioni, alle quali era accordata un'enfiteusi ecclesiastica, in questo senso: cioè, che ad effetto che il fondo enfiteutico ritornasse al concedente, bisognava aspettare la morte dell'ultimo rampollo di tutti i rami della terza generazione del concessionario. *Generatio* (dice il Richeri nella Raccolta già citata, Tom. IV. pag. 99) *filios omnes complectitur, adeoque si primus emphiteusis*

acquisitor tres filios habuerit, ad quos bona emphiteutica in viriles portiones pervenerint, emphiteusis licet in una linea tertiam generationem compleverit, non tamen ad directum dominum fundus revertitur, donec in caeteris quoque generantis lineis tertius gradus completus sit, ad quos transit, id est, de linea in lineam, data utique praelatione illis qui sunt in linea ingressa: dottrina che il citato autore conferma con due Decisioni del Senato di Piemonte 11 Settembre 1770 e 13 Giugno 1777. La Corte d'Appello di Torino ha dunque voluto dire, parlando del danno che cagionerebbe al concedente l'ammissione delle figlie di Sereno Beltrami alla divisione dei beni enfiteutici, che da quest'ammissione risulterebbe la possibilità che l'enfiteusi si prolungasse molto al di là dell'intenzione del concedente, poichè essa non avrebbe fine che all'estinzione non solamente dei figli di Giovanni e Luigi Beltrami, ma ancora dei figli di ciascuna delle loro sorelle, le quali formeranno, come li stessi figli di Giovanni e Luigi Beltrami, la terza generazione dell'enfiteuta primitivo. »

« Pertanto egli è facile il comprendere che tale non sarebbe la conseguenza dell'ammissione delle sorelle Beltrami alla divisione dei beni enfiteutici. Senza dubio, s'egli è vero, siccome si deve supporre dietro la prima serie dei motivi della Corte d'Appello di Torino, che l'intenzione del concedente sia stata che l'enfiteusi finisca con la morte dell'ultimo rampollo della terza generazione mascolina del primo enfiteuta, non si può far durare la sua concessione fino alla morte dell'ultimo rampollo della terza generazione feminina dello stesso individuo. Ma che cosa segue da ciò? Nient'altro, se non che alla morte dell'ultimo rampollo della terza generazione mascolina i discendenti del primo enfiteuta, se ancora vivono, saranno spogliati della porzione a loro pervenuta di questi beni enfiteutici, e questi beni ritorneranno al concedente nè più presto nè più tardi di quello che se esse non ne avessero mai partecipato, nè avessero preso parte. »

« Havvi in effetto una gran differenza tra il diritto del concedente al ritorno dei beni enfiteutici, ed il diritto dei discendenti maschi del concessionario alla successione di questi beni. I diritti del concedente pe 'l ritorno dei beni enfiteutici è fondato su 'l contratto, nel quale egli è intervenuto come parte; e questo contratto non può essere alterato nè violato a suo danno. Il diritto dei discendenti maschi del concessionario alla successione di questi stessi beni non è, come si è dimostrato, che un'aspettativa, una speranza; e la legge ch'è sopravenuta da poi al contratto, al quale essi sono estranei, ha potuto obligarli a dividere con

le loro sorelle l'effetto di questa speranza e di quest' aspettativa. Il concedente per nessun modo vien leso da questa divisione: dunque tale divisione a lui è indifferente; dunque non si può argomentare dal suo diritto, onde impedire che questa divisione non abbia luogo. È per tal guisa che con la Decisione del Parlamento di Parigi, pronunciata in vesti rosse, alla Pentecoste del 1588, sopra Rapporto di Montholon, § 52., è stato giudicato che un padre avendo preso delle terre ad enfiteusi, con la clausola *di goderne per me e miei eredi, e dopo la mia morte, dal mio figlio primogenito e figlia, semprechè le terre non siano divise, nè dedotte in divisione*, il figlio primogenito doveva in vero succedere solo ai beni enfiteutici rispetto al concedente, ma *con l'obligo di comunicarne il profitto agli altri figli*. Ma perchè ciò? Perchè allora si teneva per massima in Francia, che il padre non potesse, relativamente a' suoi figli, turbare l'ordine legale della sua successione con una clausola inserita in un contratto stipulato con un terzo; sì perchè non abbisognava dare alla clausola, che chiamava il primogenito e gl'interdiceva qualunque divisione, maggior effetto che non ne esigeva l'interesse del concedente; e sì finalmente perchè l'interesse del concedente, essendo salvo l'ordine legale delle successioni, doveva riprendere il suo corso non ostante questa clausola. »

« Ciò considerato, piacia alla Corte, visto l'art. 88. della legge 27 Ventoso, anno VIII., vista la legge della Consulta del Piemonte 6 Fruttidoro dello stesso anno, quella della Commissione esecutiva dello stesso paese del 9 Nevoso, anno IX., e gli art. 732. 745. 1130. e 1139. del Cod. Napoleone, di cassare ed annullare per l'interesse della legge, e senza pregiudizio della sua esecuzione fra le parti interessate, la Decisione pronunciata dalla Corte d'Appello di Torino li 11 Termidoro, an. XIII., fra Margherita e Gioseffina Beltrami da una parte, Giovanni e Luigi Beltrami dall'altra; ed ordinare che, a diligenza dell'esponente, la Decisione sia stampata e trascritta su i registri della detta Corte. »

« Fatto al Parquet li 22 Ottobre 1807. — Segn. MERLIN. »

DECISIONE.

« La Corte, udito il Rapporto del sig. Botton-Castellamont, uno dei Giudici..., e dopo di avere deliberato nella Camera del Consiglio, visti gli articoli 732. e 745. del Codice Napoleone, così concepiti: ....; ed attesochè nel caso sottoposto alla Corte d'Appello di Torino non trattavasi di decidere la questione se, secondo le nuove leggi, il diritto di ritorno dei fondi enfiteutici, dietro l'estinzione delle persone chiamate

in virtù di un titolo costitutivo, poteva ancora aver luogo a profitto del concedente, ma trattavasi unicamente di sapere se il caso di ritorno preveduto dal titolo non essendo ancora giunto, le figlie del proprietario utile dei fondi dovevano partecipare co'i loro fratelli alla successione nei detti beni, aperta dopo che il Codice Napoleone ha forza di legge nell'in addietro Piemonte; che, a termini degli articoli 732. e 745. di questo Codice, i figli succedono al loro padre, senza distinzione di sesso, qualunque sia la natura e l'origine dei beni; che così la Corte d'Appello di Torino non ha potuto, su 'l fondamento di un'antica Giurisprudenza, ammettere una eccezione alla regola generale stabilita dalla nuova legge, ed escludere le figlie, allorchè si tratta di enfiteusi ecclesiastica, senza commettere un eccesso di potere, e senza violare i testi delle precitate leggi: cassa ed annulla, per l'interesse solo della legge, la Decisione pronunciata dalla Corte d'Appello di Torino li 11 Termidoro, anno XIII., della quale trattasi. »

« 23 Novembre 1807. — Corte di Cassazione. — Sezione civile. — Relatore BOTTON-CASTELLAMONT (1). »

TESI II.

Nello stato attuale della nostra Legislazione i livelli anteriormente costituiti non debbonsi più considerare come affetti dal condominio del direttario e dell'utilista; ma si deve ritenere che tutto il dominio reale rispetto ai perpetui esista presso dell'enfiteuta, e rispetto ai temporarj esista presso il direttario.

§ 1002. Senza molte argomentazioni questa tesi viene provata con autorità legislativa, perchè viene espressamente stabilita da autentica dichiarazione fatta da Sua Maestà, approvando il giorno 7 Marzo 1808 il Parere del Consiglio di Stato dell'Impero, emanato nella Seduta del dì 1.° dello stesso mese, che quì si produce nel suo testo originale (2).

Esaminiamolo a parte a parte, e vediamo che cosa ne risulti.

1.° Ivi in primo luogo si parla di livelli, ossia di enfiteusi continuative sotto l'impero del Codice Napoleone. Di qual tempo possono essere mai codeste enfiteusi? Certamente non possono essere che di un tempo anteriore alla nuova riforma, sì perchè nell'atto della formazione del

---

(1) Merlin, *Répertoire*, v. *Emphitéose*, pag. 529-534. — (2) Vedi la Nota n.° I.

Codice Napoleone la facoltà di costituire livelli si ritenne come abolita, e sì perchè fu conchiuso di non ristabilirli mai più.

2.° Ciò posto, domando io: prima della riforma che cosa intendevasi in Francia co 'l nome di *enfiteusi?* Certamente intendevasi = un contratto, co 'l quale il proprietario di un immobile ne concede l'*utile dominio* e il *godimento* ad un terzo o in perpetuo o a lungo tempo, sotto la prestazione di un annuo cánone, ritenendone il *dominio diretto* presso di sè. =

Questo era il senso annesso alla parola *enfiteusi*, o *livello* considerato come contratto; questi erano gli attributi essenziali del medesimo, e quindi i caratteri perpetui della sua definizione. Ma in questo stesso senso veniva inteso anche nella Giurisprudenza italiana (1).

Dunque ne risulta: 1.° che la dichiarazione del Consiglio di Stato cade anche su i contratti di livello usitati in Italia; 2.° essere poi falsa l'asserzione, che nell'Impero francese, prima della nuova riforma, non si conoscesse e costituisse l'identico livello perpetuo praticato in Italia con gli stessi caratteri e particolarità. E a fine di togliere ogni dubiezza possibile che i giureconsulti francesi potessero per avventura parlare di un diritto accennato dalla Ragione comune, anzichè praticato presso di loro, basti consultare le leggi fatte nella prima epoca della riforma, e segnatamente la legge 18 Dicembre 1790, promulgata il 29 dello stesso mese ed anno (2).

§ 1003. Vi ha ancora di più. In forza di questa legge furono conservati tutti i diritti e principj della Giurisprudenza anteriore, e fin anche la *natura immobiliare*, che in forza delle stesse leggi anteriori era loro propria, come si può vedere nel Tit. V. della stessa legge, e segnatamente agli articoli 1. e 3. di questo Titolo.

Per la qual cosa egli è evidente che prima della riforma veniva realmente praticato in Francia il contratto enfiteutico perfettamente simile al contratto di livello praticato in Italia, sia che si consideri la sua forma e le sue condizioni, sia che si considerino i suoi effetti su le proprietà e su i diritti commerciali.

Entrando ora nell'esame della parte dispositiva del citato Parere del Consiglio di Stato del 1.° Marzo 1808, e confrontando i nuovi attributi di diritto ivi dati al livello perpetuo con le qualificazioni usitate in Francia prima della riforma, si rileva ad evidenza che ivi contemplan-

---

(1) Veggansi le definizioni della Giurisprudenza francese ed italiana nella Nota n.° II.
(2) Vedi la Nota n.° III.

dosi un contratto fatto sotto l'impero delle vecchie leggi, si pronuncia che tale contratto sussiste bensì e continua ancora in quanto all'obligo della prestazione del cánone; ma nello stesso tempo si dichiara essere stato tolto il *condominio*, ossia il *jus in re* all'enfiteusi, sia essa perpetua, sia essa temporaria. Nella *perpetua* fu tolto al direttario per trasportarlo interamente nell'utilista; nella *temporanea* fu tolto all'utilista per trasportarlo totalmente al direttario.

La prima circostanza *della sussistenza e continuazione odierna del livello*, costituito sotto l'impero delle antiche leggi, risulta letteralmente dal secondo articolo del detto Parere, nel quale si dispone, che nel caso che la rendita livellaria perpetua non sia affetta da vizio feudale, debba essere mantenuta: *en tout autre cas les redevances crées par des emphytéoses perpétuelles sont maintenues.*

Quanto poi alla mutazione suddetta, eccone la prova.

1.° Quanto all'enfiteusi perpetua, si dichiara come segue: *Les títres qui qualifient l'emphytéose perpétuelle abbandonnent ensemble la jouissance et la propriété: ce qui n'est autre chose qu'une* ALIÉNATION ABSOLUE, *qui fait réposer la propriété sur la tête de l'acquereur à pareil títre.*

2.° Quanto poi all'enfiteusi temporaria, si dichiara che *l'emphytéose à terme par la quelle le bailleur en concédant la jouissance se réserve la propriété, de manière qu'elle répose toujours sur sa tête.*

Ma consta che in forza del Diritto anteriore francese, conforme all'italiano, una porzione di proprietà si considerava allora risedere presso i due contraenti e loro successori; dimodochè considerandola nel concedente, chiamavasi *dominio diretto;* e considerandola nell'utilista, chiamavasi *dominio utile:* e per conseguenza nell'enfiteusi, sia perpetua, sia temporanea, i due contraenti avevano un vero *jus in re*, ossia un diritto di natura immobiliare. Per lo contrario consta dal recato Parere del Consiglio di Stato, emanato nel 1808, dietro lo stato della nuova Legislazione, che l'enfiteusi perpetua si considera *une aliénation absolue, qui fait réposer la propriété sur la tête de l'acquereur au pareil títre;* e che nell'enfiteusi temporaria la proprietà risiede tutta presso il concedente: *le bailleur se réserve la propriété, de manière qu'elle répose toujours sur sa tête.*

Dunque ne emerge l'unica ed evidente conseguenza, che in forza della nuova Legislazione fu tolto ad ogni specie di enfiteusi sì perpetua che temporaria il vincolo del *condominio*, dimodochè nel caso dell'en-

fiteusi *perpetua* tutto il dominio reale sta presso dell' utilista, e viceversa nel caso dell'enfiteusi temporaria sta presso il direttario.

Certamente se questa disposizione di Diritto avesse avuto luogo sotto l' impero delle leggi antecedenti, non sarebbero giammai esistite vere enfiteusi, poichè ognuno sa che uno dei caratteri loro essenziali sta appunto in questo condominio simultaneo.

Le quali cose così essendo, resta dimostrato che = nello stato attuale della nostra Legislazione i livelli anteriormente costituiti non debbonsi più considerare come affetti dal condominio del direttario e dell'utilista; ma si deve ritenere che tutto il dominio reale rispetto ai perpetui esista presso dell' enfiteuta, e rispetto ai temporarj esista presso il direttario. =

I. Objezione.

§ 1004. Concedasi pure, dirà taluno, che il contratto enfiteutico fosse da prima conosciuto e praticato in Francia come in Italia; concedasi pur anco la loro attuale sussistenza e continuazione in Francia senza vincolo del condominio: e che perciò? Forse ne viene la conseguenza che si debba dire lo stesso rispetto all'Italia? Certamente che no. Niuna legge anteriore al Codice Napoleone cangiò in Italia gli attributi legali e gli effetti del contratto livellario, come avvenne in Francia prima del Codice medesimo. Ognuno sa che nell' intervallo fra le leggi comuni anteriori ed il Codice Napoleone emanarono leggi, in forza delle quali da prima i livelli ed i censi perpetui, sia riservativi, sia consegnativi, conosciuti sotto il nome di *rentes foncières et rentes constituées*, furono dichiarati *redimibili*, indi di natura mobiliare, a segno che al sopravenire del Codice Napoleone niuna mutazione fu fatta a questo Diritto intermedio, come lo attesta l' Oratore del Governo. Ma codeste anteriori mutazioni in forza di leggi o di decreti non avvennero punto in Italia, come ognuno sa. Dunque la tesi proposta quanto è applicabile allo stato attuale della Legislazione francese, altretanto è inapplicabile a quello della Legislazione del Regno d'Italia.

Risposta.

§ 1005. A questa objezione si possono contraporre due ragioni perentorie.

1.° Prescindendo dalla questione di fatto, se nel Regno d'Italia prima del Codice Napoleone sia intervenuta veruna legge, in forza della quale almeno indirettamente ne potesse nascere l' abolizione del que-

stionato condominio su i fondi enfiteutici, e data per ipotesi la mancanza di sì fatte leggi intermedie; non ne viene tuttavía la conseguenza voluta dall'objezione, se in forza del Codice Napoleone si dovessero applicare le sue disposizioni alle rendite livellarie, che dopo la di lui promulgazione debbano continuare in forza di contratti anteriori.

Ma così è, che queste disposizioni debbonsi applicare a tali rendite, senza che siavi bisogno di altre leggi intermedie, e per la forza stessa dell'unità legislativa, e della coerenza della pratica posteriore. Dunque sebene per ipotesi tali leggi innovatrici non siano precedute al Codice, ciò non ostante le rendite livellarie si debbono regolare in futuro giusta i principj del Codice medesimo, e sottometterle alle sue prescrizioni.

Il principio eminente e regolatore, dichiarato dalla Corte di Cassazione dell'Impero nella sua Decisione del 6 Luglio 1812, sopra recata (1), non ha forse un'applicazione generale? Questo principio qual è? ESSERE SEMPRE IN POTERE DEL LEGISLATORE DI REGOLARE PER L'AVVENIRE IL MODO DI ESECUZIONE DEI CONTRATTI, E DI SOSTITUIRE IL MODO CHE CONVIENE AL SISTEMA GENERALE DA LUI STABILITO. Ora io domando se mantenere il condominio fra il livellante e il livellario convenga al sistema generale stabilito dal Codice Napoleone.

In caso di negativa pertanto ne verrà necessariamente, che dopo l'attivazione per conformare gli effetti legali e il modo di esecuzione dei contratti livellarj sotto l'impero del medesimo, converrà necessariamente assoggettarli alla mutazione verificata nell'Impero francese; e ciò con la semplice applicazione delle disposizioni posteriori del Codice Napoleone.

Coerentemente a questo principio, noi vediamo di fatto che la Corte di Cassazione dell'Impero applicò, senz'alcuna legge riformatrice antecedente, l'art. 1912. ai *censi consegnativi* usitati in Italia; e per effetto di quest'applicazione tolse l'irredimibilità stabilita conto il creditore della rendita, ed uniformò questi *censi consegnativi* alle regole prescritte dall'articolo stesso 1912. per le rendite costituite in perpetuo. Così pure, senza il bisogno d'una legge riformatrice antecedente, levò il vincolo lineare alle enfiteusi ecclesiastiche, e con la mera applicazione degli articoli 732. e 745. del Codice Napoleone le ridusse alla condizione delle enfiteusi puramente ereditarie, non facendo nè meno valere la disposizione della Consulta piemontese dell'anno VIII. Per eguale ragione pertanto è forza far valere la disposizione dell'art. 530.

---

(1) Vedi sopra § 987.

dello stesso Codice rispetto alle enfiteusi perpetue ossia livelli, ed agli affitti pure perpetui, senza che sia necessaria alcuna legge precedente riformatrice od innovatrice del modo di esecuzione di questi contratti.

2.° Questa conclusione si conferma vie più, se dalle leggi o dai decreti emanati nel Regno d'Italia in altre materie si scorga evidentemente il Legislatore avere ritenuto non verificarsi più fra il livellante ed il livellario il preteso condominio; ma avere supposto invece che nel livellario risegga non solamente un mero possesso di un utile dominio come per lo passato, ma eziandío una piena proprietà, co 'l peso solamente della rendita livellaria, ossia del cánone. Ma così è, che pe'l Regno d'Italia il Legislatore ha formalmente dichiarato questo principio, benchè ciò abbia fatto disponendo su d'altra materia, ma disponendo *in conseguenza* di questo principio. Dunque consta anche per legge formale del Regno d'Italia essere stato abolito il vincolo del condominio nei livelli perpetui, ed essere stata concentrata la proprietà del fondo livellario nel solo enfiteuta.

La prova della seconda proposizione (che riducesi a mero fatto) si rileva dalla lettura del Decreto 10 Febrajo 1809. Leggasi questo Decreto. Su qual oggetto versa esso? Leggasi la sua intestazione. Esso versa *su i trasporti delle proprietà nei registri censuarj.* Si passi al Titolo II. dello stesso. Qual è la sua rubrica? Eccola. *Del trasporto dei fondi in testa dell' acquirente ad ogni* MUTAZIONE DI PROPRIETÀ. Leggasi il suo contenuto. Ecco il tenore delle sue prime disposizioni. « Chiunque acquista per successione, contratto, od altro qualsivoglia » titolo, la *proprietà* e il *possesso* di un fondo soggetto a censo, dovrà, » nel termine di tre mesi dalla data del seguíto acquisto, denunziare » questo con petizione regolare al Cancelliere, all' Amministrazione o » all' Officio del Censo incaricato dei trasporti, e *far trasportare il fon-* » *do in testa propria.* »

« Sono compresi nella disposizione dell' articolo precedente quelli » che acquistano a titolo di *livello*, di *affitto perpetuo*, di *usufrutto*, » con l'effettivo possesso dei beni di compra co 'l patto di retrovendita » (art. 22. e 23). »

Ponderiamo questa disposizione. Che cosa ne risulta? Oltre gli acquirenti a titolo incommutabile di vendita, di permuta, di donazione, o per altro titolo, pe 'l quale notoriamente e senza controversia si trasporta la piena proprietà, quali altri acquirenti sono obligati dalla legge a far trasportare in testa propria un fondo, come possessori e veri proprietarj del medesimo? Eccoli. 1.° I livellarj a titolo perpetuo; 2.° gli

affittuarj a titolo perpetuo; 3.° gli usufruttuarj possessori effettivi dei fondi; 4.° i compratori co 'l patto di ricupera, detto in alcuni paesi *di grazia.*

Qual è la ragione, per la quale la legge ordinò questo trasporto? Perchè con questi contratti non si opera solamente una mutazione di possesso od un semplice trapasso di godimento, ma bensì una vera *mutazione di proprietà;* e così questo trapasso di proprietà si opera: 1.° dal livellante in testa del livellario; 2.° dal locatore a perpetuità all'affittuario per questo titolo; e così degli altri.

Questo è tanto vero, che il trasporto di proprietà nel livello e nell'affitto perpetuo è messo in comune co 'l trasporto di proprietà che si fa nella *vendita co 'l patto di ricupera*, nella quale è fuori di controversia che la piena proprietà passa nel compratore. Vi ha nulla di più positivo e di più concorde con la dichiarazione fatta dal Consiglio di Stato dell' Impero nel parere testè analizzato? Quando il Legislatore, indirettamente bensì, ma pure espressamente, vi disse: « io considero » il livellario e l'affittuario perpetuo veri proprietarj al pari di un com- » pratore co 'l patto di ricupera; » quando vi disse: « io non giudico » che co 'l contratto di livello o di affitto perpetuo la *proprietà* ed il » *possesso* del fondo rimanga presso del livellante o del locatore, ma » esista nel livellario ed affittuario a perpetuita, i quali debbono perciò » farsi intestare nei registri censuarj con la qualità di proprietarj unici; » poteva egli mai il Legislatore stesso più chiaramente definire la questione?

II. Objezione.

§ 1006. Forse si opporrà che anche sotto l'impero delle vecchie leggi, in cui verificavasi il condominio, la intestazione cadeva su le stesse persone d'oggidì. In prova di ciò leggansi gli articoli 3. 4. e 5. del Regolamento dei trasporti censuarj della fu Imperatrice Maria Teresa per il Ducato di Milano, publicato li 30 Settembre 1752 (1). E pure, malgrado questa intestazione, verificavasi il condominio di cui si disputa. Dunque ne viene, che per la disposizione del Decreto 10 Febrajo 1809 rimane almeno dubia la illazione che se ne vuol trarre dell' abolizione di detto condominio.

---

(1) Vedi il Codice censuario, ossia Raccolta degli editti, ordini, ec. Milano 1760, presso Malatesta, pag. 97 e seg. E veggansi i detti articoli qui sotto riportati nella Nota IV.

Risposta.

§ 1007. Questa objezione sarebbe concludente, se nella dimostrazione si fosse fatto valere il nudo comando del trasporto, anzichè la *causale* del medesimo, vale a dire il *titolo* contemplato nel comandare il trasporto stesso. Io accordo che facendo solamente valere il nudo ordine del trasporto, la prova da me addotta sarebbe equivoca, per la ragione che questo trasporto può essere la conseguenza di due titoli diversi: vale a dire del nudo possesso *con godimento*, e del possesso *con proprietà*. Ma così è, che la prova da me fatta valere è tratta dall'espresso titolo di *proprietà*, unito per altro al possesso ed al godimento accennato dal detto Decreto 10 Febrajo 1809. Dunque la opposta objezione è inconcludente.

Ciò vie più si conferma dall'esame del detto Regolamento del 1752; talchè, invece di risultarne un' objezione, ne emerge un argomento trionfante della nostra opinione.

Di fatto esaminiamo gli articoli 3. 4. e 5. di detto Regolamento, dai quali si trae l'objezione. Che cosa rileviamo noi? A primo colpo d'occhio ognuno avverte che ivi il Legislatore, quanto fa valere il reale possesso come causale unica della intestazione censuaria (*poichè*, dice, *il debito del censo è correlativo alla percezione dei frutti)*, altretanto si guarda dal far uso del titolo della *proprietà*, del quale si fa uso espresso nel Decreto 10 Febrajo 1809. E perchè mai questa differenza? Dovrà dunque essere inutile e non-operativa la disposizione o la locuzione espressa di una legge, la quale in un tempo non fa valere che il nudo possesso, e nell'altro al possesso aggiunge positivamente anche la proprietà?

Questo non è ancor tutto. Si consulti la Istruzione governativa del reale Decreto 20 Aprile 1751, e sempre più si confermerà la nostra osservazione. Ivi nell'articolo 16. (1) si tratta della prima intestazione dei livelli. È vero o no che nel livellario ivi si esclude la qualità di *pieno proprietario*, per ritenere solamente quella di nudo possessore dell' utile dominio? Ciò non basta. Ivi si aggiunge, che gli Officiali del Censo potranno *accennare per modo di enunciativa anche il nome del* padrone diretto, *ossia* direttario, *per maggiore chiarezza; e ciò anche quando ne venisse loro fatta istanza.* Si ponderi bene questo passo. La qualificazione di *possessore di utile dominio*, e la succes-

(1) Vedi il detto articolo per esteso nella Nota n.° V.

siva istruzione, quanto coerente al sistema dell'antica enfiteusi (nella quale non si trasportava nell'enfiteuta altro che il diritto di godere in perpetuo, lo che intaccava l'esercizio del dominio, mentre la *proprietà del suolo* rimaneva presso il direttario (1)), altretanto contraria al sistema dell'esclusiva proprietà; non mette forse in chiaro il principio differenziale fra la causale del detto Regolamento del 1752, e la causale del Regolamento 10 Febrajo 1809? Lungi pertanto che dal detto antico Regolamento nasca un'objezione contraria, ne emerge invece una conferma del nostro assunto.

Questo non è ancor tutto. Leggasi il Decreto 12 Genajo 1807. Ecco cosa dispone l'art. 30. del medesimo. « Qualunque debitore di mutui, » censi, livelli, decime ed annualità qualsivogliano, a corporazioni esi» stenti e stabilimenti, per oggetto di culto, istruzione e beneficenza » publica, potrà LIBERARSI pagando il capitale che verrà convenuto alla » Cassa d'ammortizzazione. » Prescindendo dalla facoltà del riscatto, dichiarata in questo articolo, e che ne forma propriamente la parte dispositiva, io domando presso chi la legge suppone esistere la vera proprietà del fondo livellario. Si noti bene: quì si tratta di corporazioni e stabilimenti di culto, d'istruzione e di beneficenza publica non soppressi, ma attualmente esistenti, e che sono mantenuti in futuro, come consta da altre disposizioni di publica amministrazione.

Oltre a ciò, quì si contemplano livelli già costituiti anteriormente al Codice Napoleone, e durevoli dopo la di lui promulgazione.

Inoltre queste corporazioni o stabilimenti, in fatto di proprietà, sono fuori di dubio nella stessa stessissima condizione di qualunque altro privato; salva soltanto, per l'amministrazione delle loro sostanze, la tutela al pari dei minori.

Ora chi può negare che, fatta astrazione dalla redimibilità, quì la legge suppone i livelli avere al tempo del Decreto quelle stesse qualificazioni che possono avere presso qualunque privato?

Ciò posto, indaghiamo quale sia l'aspetto e quali siano le condizioni che questo articolo suppone nei livelli rispetto alla *proprietà*; o, per dir meglio, presso chi quest'articolo supponga esistere la piena proprietà del fondo livellato.

---

(1) *Addimus in emphiteusi rem alteri fruendam dari in perpetuum, vel ad longum tempus: fruendi verbum indicat plenum rei dominium in emphiteutam non transferri, sed potius fruendi jus.* Richeri, *Universalis civilis et criminalis Jurisprudentia,* Tom. X. Lib. III. Tit. XX. Cap. I. § 1372.)

A prima giunta risalta all' occhio supporre esso che la piena proprietà risegga nel *livellario*, il quale, come obligato alla prestazione del cánone, non viene considerato se non come *debitore*, e con questo nome chiamato ed assimilato a qualunque altro debitore di mutui, censi, ed altre annualità. Questo è così vero, che considerando la funzione del riscatto, non usa alcuna frase che alluda a condominio, nè dice, per esempio: *potrà consolidare con l' utile il diretto dominio*, come appunto richiedeva la supposizione del condominio medesimo; ma dice invece: POTRÀ LIBERARSI PAGANDO IL CAPITALE, ec. Con questa locuzione, comune a qualunque altro debito per mutuo, per censi, e per altri *semplici pesi*, che cosa s' índica in vero senso legale? È evidente indicarsi che la prestazione livellaria quì si considera come un semplice peso su 'l fondo, per cui appunto il livellario non riveste che la nuda qualità di *debitore* (come esprime il Decreto), rimanendo presso il medesimo la piena proprietà del fondo enfiteutico.

A confermazione di quest' analisi si aggiunga la considerazione del Decreto 4 Agosto 1807, emanato appunto per l'esecuzione del Decreto 12 Genajo 1807, che ora esaminiamo. Leggansi gli articoli 10. e 20. del detto Decreto 4 Agosto (1). Che cosa rileviamo noi? Forse che si valutano le proprietà livellarie come affette da un condominio, in conseguenza del quale il livellante potesse considerarsi come comproprietario? Allora noi avremmo veduto valutare la proprietà diretta in proporzione del valore del fondo; e così, per esempio, valutarla un terzo, un quarto, un quinto: ed in conseguenza sarebbe stato ordinato che il livellario, volendo riunire la proprietà diretta del fondo al suo utile dominio, dovesse pagare in proporzione della proprietà che passava nella sua testa; e viceversa sarebbe stata cosa irragionevole, e sommamente dannosa alle ragioni demaniali, valutare il dominio del direttario in proporzione del cánone. Imperocchè il cánone, com' è noto, spesso consiste in una minima prestazione, la quale riducesi più tosto ad un segnale o ricognizione del diretto dominio del livellante, che ad una rendita di qualche considerazione. Un pajo di capponi, per esempio, per un fondo grandioso; un capo d' aglio, ed altre simili bagattelle, costituiscono spesso tutto un cánone al quale il livellario trovasi obligato.

Ritenute queste considerazioni, domando io: il detto Decreto 4 Agosto in quale maniera ha esso valutato il diritto del preteso direttario? Leggiamo gli articoli 20. e 21., e poniamo attenzione al modo fissato di

---

(1) Vedi la Nota n.° VI.

estimazione di questo diritto. « Per l'affrancazione (dicono essi) si osserverà quanto segue: »

§ 1. « Nei livelli transitorj a favore di chi che sia, e costituiti a per-
» petuità, il prezzo sarà regolato in ragione di lire cento per ogni lire
» cinque del cánone attuale. »

§ 5. « I livelli ad una o più linee, siano esse agnatizie o cognatizie,
» si calcolano come i livelli perpetui; salvo il caso in cui non esista,
» oltre il livellario attuale, altra persona chiamata a succedere nel li-
» vello, ed il livellario medesimo abbia sessant'anni compiuti se maschio,
» e cinquanta se femina: nel qual caso l'affrancazione sarà regolata al
» tre per cento. »

Art. 21. « Se il cánone livellario consiste in generi, questi si valu-
» tano con la norma fissata nell'art. 13. »

Qui non occorre verun altro commentario dopo le antecedenti osservazioni.

Le quali cose così essendo, risulta che anche nel Regno d'Italia, dopo il Codice Napoleone, il Legislatore ha ritenuto come principio fondamentale non verificarsi più il preteso condominio nelle anteriori enfiteusi conservate e durevoli dopo il Codice Napoleone; ma avere bensì giudicato che nei livelli perpetui la piena proprietà si trovi concentrata tutta nel livellario, ed il diritto del cánone trovisi presso il livellante, con la qualità di semplice *credito* radicato su 'l fondo enfiteutico.

In conseguenza di queste vedute, sotto quale classe di rendita vigente dopo il Codice Napoleone si dovrà collocare la rendita livellaria?

Prima d'ogni risposta categorica si presenta la seguente considerazione. Il Codice Napoleone è stato attivato in Italia con tutte le sue qualità e supposizioni di Diritto: dunque l'azione da lui esercitata su le enfiteusi anteriormente vigenti in Francia, per tutti gli effetti posteriori alla sua attivazione nell'Impero, si deve necessariamente verificare, rispetto ai livelli preesistenti in Italia, per tutti gli effetti posteriori all'attivazione del Codice medesimo; e ciò perchè identica era la natura delle enfiteusi in ambidue i luoghi.

E siccome in forza del solo Codice Napoleone i *censi consegnativi* sono stati modellati in conformità dei rapporti legali delle rendite perpetue costituite, ed i livelli agnatizj sono divenuti ereditarj (come si è veduto dalle recate Decisioni solenni della Corte di Cassazione dell'Impero); così le rendite livellarie future debbonsi porre nella classe delle rendite perpetue, di cui parla l'art. 530. del Codice Napoleone.

Questa è la proposizione che ancora ci rimane a provare a fine di compiere la nostra trattazione. Essa formerà l'argomento della terza discussione. Ivi ci verrà fatto di mostrare in quali casi e fino a qual segno ripugni alla nuova Legislazione il far agire i vecchi livelli con tutte le loro antiche qualità, e specialmente co 'l carattere di condominio, e con la loro natura immobiliare ed irredimibile; e viceversa quale sia il vero loro modo di esecuzione.

ANNOTAZIONI

Nota I.

Parere interpretativo del Consiglio di Stato su l'appartenenza odierna delle proprietà livellarie.

EXTRAIT DES MINUTES DE LA SECRÉTAIRERIE D'ÉTAT.

Au palais des Tuilleries le 7 Mars 1808.

Avis du Conseil d'Etat sur une question relative aux redevances emphitéotiques. (Séance du 1.er Mars 1808.)

« Le Conseil d'Etat, qui d'après le renvoi ordonné par Sa Majesté, a en- » tendu le Rapport de la Section des Finances sur celui du Ministre de ce Dé- » partement, tendant a lever les difficultés qu'éprouve l'exécution du Décret » imperial du 17 Nivose, an. XIII., portant que les redevances originairement » imposées au profit du Châpitre de l'église d'Aix, sur les héritages des divers » particuliers, continueront d'être servies comme redevances emphitéotiques, » et sans la charge des lods et demi-lods qui y avaient été ajoutés indûment et » sans tître par les bailleurs; »

« Vu ce Décret, ensemble les Lois, les Décrets, et les Avis du Conseil d'Etat, » approuvé par Sa Majesté, sur la suppression du régime féodal; »

« Considérant que le veu du Décret précité n'a point pu être d'ordonner le » service des rentes auxquelles les lois reconnaitraient un caractère essentiel de » féodalité; »

« Que se la non-féodalité de ces ventes est contestée, la question doit être » porté devant les Tribunaux; est d'avis: »

« 1.° Que la disposition du Décret impérial du 17 Nivose, an. XIII., ci-des- » sus rappelée, ne peut s'entendre que pour l'emphitéose à terme, par laquelle » le bailleur en concédant la jouissance, se réserve la propriété, de manière » qu'elle répose toujours sur sa tête; et ne doit pas entendre aux tîtres qui, qua- » lifiant l'emphitéose perpetuelle, abandonnent ensemble la jouissance et la pro- » priété: ce qui n'est autre chose qu'une aliénation absolue, qui fait reposer la » propriété sur la tête de l'acquéreur à pareil tître. »

« 2.° Qu'à l'égard des redevances crées par des emphitéoses perpétuelles, » elles doivent être considérées comme abolies toutes les fois que des tîtres y » rélatifs, il résulte que ces redevances sont ou récognitives de la seigneurie di- » recte réservée par le bailleur, ou mélangés de droit récognitif de cette seigneu- » rie; et qu'en tout autre cas, les redevances sont maintenues. »

« Que si, d'après ce principe, il existait encore de contestation sur la que- » stion de féodalité des dites rentes originairement dues au Châpitre de l'église » d'Aix, et aujourd'hui transférées au hospices de la même ville, c'est aux Tri- » bunaux, qu'il appartient de les juger; »

« Que le present Avis soit inséré au Bulletin des lois. »

« Pour extrait conforme, le Segrétaire général du Conseil d'Etat. »

Signé J. G. Locré.

« Approuvé au palais des Tuilleries le 7 Mars 1808. »

Signé NAPOLEON.

Par l'Empereur, le Ministre Secrétaire d'Etat
Signé Huques B. Maret.

(Vedi *Bulletin des lois*, 4.me Serie 1808, pag. 209-210.)

Nota II.

Dell' identità del contratto livellario anteriore sì italiano che francese.

« L'emphitéose est une convention, par laquelle le propriétaire d'un héri- » tage en cède à quelqu'un la jouissance pour un temps, et même à perpétuité, » à la charge d'une redevance annuelle que le bailleur se réserve sur cette hé- » ritage pour marque de son domaine direct . . . . . »

« On appelle ordinairement *canon emphitéotique* la redevance stipulée par » la convention. »

« La pension ou redevance emphitéotique est tellement de l'essence de ce » contract, que s'il n'y en avait pas une réserve, ce ne serait point une em- » phitéose (1). »

« Par l'emphitéose, le bailleur se dépouille de la propriété utile, sous trois » conditions principales: la première, qu'en reconnoissance du domaine direct » qu'il retient, le preneur lui payera chaque année une redevance; la seconde, » que s'il est pendant trois ans en demeure d'acquitter cette redevance, sa pro- » priété utile tombera en commise; la troisième, qu'il ne pourra pas aliéner cet- » te propriété, sans au préalable avoir prévenu le bailleur, et lui avoir présenté » le marché pour le même prix qui en offre l'acquéreur qu'il a en vue (2). »

Emphiteusis definiri potest: contractus quo praedium alicui fruendum datur in perpetuum, vel ad longum tempus, ut illud melius efficiat, et canonem annuum praestet (3).

---

(1) Merlin, *Répertoire*, v. *Emphitéose*, Tom. IV. pag. 515-516.

(2) Merlin, *Répertoire*, v. *Locataire perpetuelle*, Tom. VII. pag. 518.

(3) Richeri, *Univers. civ. et crim. Jurisprudentia*, Tom. X. Lib. III. Tit. XX. Cap. I. § 1368, pag. 330.

Dicimus praedia in emphiteusim dari quo significamus, res solas immobiles hujusce contractus materiam esse, non vero mobiles, de quibus nunquam mentio fit in legibus, quaeque meliores per culturam vix fieri possunt: primum in solis agris emphiteusis admissa fuisse videtur (1); *tum progressu temporis idem jus ad praedia urbana, seu aedes porrectum fuit* (2). *Plane res incorporales, puta annui redditus, licet immobilibus accenseantur, in emphiteusim dari nequeunt, quia nec meliores per culturam fieri possunt.*

Addimus, in emphiteusi rem alteri fruendam dari in perpetuum, vel ad longum tempus: fruendi verbum indicat plenum rei dominium in emphiteutam non transferri, sed potius fruendi jus, quamquam et dominium utile habet emphiteuta; atque melior est illius conditio, quam usufructuarii, cum hic nec directo, nec utili dominio gaudeat: haec porro fruendi facultas pro arbitrio concedentis in perpetuum dari potest, vel etiam ad tempus, dummodo non nimis modicum, ut emphiteuta praedium melius efficere possit, atque meliori effecto praedio frui (3) (4).

Nota III.

Loi relative au rachat des rentes foncières.

Donnée à Paris le 29 *Décembre* 1790.

« L'Assemblée nationale a décrété, et nous voulons et ordonnons ce qui suit. »

« Décret de l'Assemblée nationale du 18 Décembre 1790 sur le rachat des » rentes foncières. »

« L'Assemblée national décrète ce qui suit. »

Tit. I.

Quelles sont les rentes assujetties au rachat (5).

« Art. 1. Toutes les rentes foncières perpetuelles, soit en nature, soit en ar- » gent, de quelque espèce qu'elles soient, quelle que soit leur origine, à quel- » ques personnes qu'elles soient dues, gens de main-morte, domaine, appanagi- » stes, Ordre de Malte, même le rentes de dons et legs pour cause pie ou de fon- » dation, seront rachetables; les champarts de toute espèce et sous toute déno- » mination, le seront pareillement au taux qui sera ci-après fixés. Il est défendu » de plus à l'avenir créer aucune redevance foncière non remboursable, *sans » préjudice de baux à rentes ou emphitéoses et non perpetuels,* qui seront exé- » cutés pour toute leur durée, et pourront être faits à l'avenir pour quatre-

---

(1) Leg. 1. in princip., et § 1. *ff.* hoc tit.

(2) Nov. CXX. Cap. I. § ult. et Cap. *Et hoc quidem* 6. § *In venerabilibus* 2. Vid. leg. *Si finita* 15. § *Si de vectigalibus* 26. *ff. De damno infecto.*

(3) Nov. CXX. § *Et hoc quidem* 6. § 1.

(4) Richeri, loc. cit. pag. 331, § 1371-1372.

(5) *Lois et Actes du Gouvernement*, Tomo II. pag. 286 e seg. Parigi 1806, nella Stamperia imperiale.

» vingt-dix neuf ans et au-dessous, ainsi que le baux à vie même sur plusieurs
» têtes, à la charge qu'elles n'excéderont pas le nombre de trois. »

Art. 2. « Les rentes ou redevances foncières établies par les contracts con-
» nus en certains pays, sous le tître de *locatairie perpétuelle,* sont comprises
» dans les dispositions et prohibitions de l'article précédent, sauf les modifica-
» tions ci-après sur le taux de leur rachat » (1).

Tit. III.

Modes et teaux du rachat.

Art. 1. « Lorsque les parties, aux quelles il est libre de traiter de gré a gré,
» ne pourront point s'accorder sur le prix du rachat des rentes ou redevances
» foncières, le rachat sera fait suivant les règles et le taux ci-après. »

Art. 2. « Le rachat des rentes et redevances foncières originairement crées
» irrachetables et sans aucune evaluation du capital, seront remboursables; sa-
» voir: celle en argent, sur le pied de dénier vingt; et celle en nature de grains,
» volailles, denrées, fruits et récoltes, service d'hommes, cheveaux ou autres
» bêtes de somme et de voitures, aux dénier vingt-cinq de leur produit annuel,
» suivant les evaluations qui en seront ci-après faites. Il sera ajouté un dixième
» aux dites capitaux, à l'égard de rentes qui auront été crées sur la condition
» de la non retenue de dixième, vingtième, et autres impositions royales. »

Art. 3. « A l'égard des rentes et redevances foncières originairement crées
» rachetables, mais qui sont devenues irrachetables avant le 4 Aôut, par l'effet
» de la prescription, le rachat s'en fera sur le capital porté au contrat, soit qu'il
» soit inférieur ou supérieur aux déniers ci-dessus fixés. »

Art. 5. « Lorsque les beaux à rente, ou *emphitéose perpetuelle* et non sei-
» gneuriale, contiendront la condition expresse imposée au preneur et à ses suc-
» cesseurs, de payer au bailleur un droit de lods, ou autre droit casuel quelcon-
» que en cas de mutation, et dans les pays ou la loi assujettit le détenteur aux-
» dits tîtres de bail à rente au emphitéose perpetuelle et non seigneuriale, à
» payer au bailleur de droit casuels aux mutations, le possesseur qui vaudra ra-
» cheter la rente foncière ou emphitéotique sera tenu, outre le capital de la
» rente indiquée en l'art. 2. ci-dessus, de racheter les droits casuels dus aux mu-
» tations; et ce rachat se fera au taux préscrit par le Décret du 3 Mai, pour
» le rachat des droits pareils ci-devant seigneuriaux, selon la quotité et la na-
» ture du droit, qui se trouvera dû par la convention ou suivant la loi » (2).

Art. 6. « Dans toutes les cas ou l'evaluation du produit annuel de la rente
» pourra donner lieu à une estimation d'experts, si le rachat a lieu entre parties
» qui aient la liberté de traiter de gré à gré, le redevable pourra faire au pro-

---

(1) La detta legge al Tit. V. art. 3. considera che la rendita fondiaria sia di natura immobiliare. *La faculté de racheter les rentes foncières ne changera rien a leur nature immobiliaire, ni quant à la loi qui les régistrait.*

(2) Vedi l'art. 22. del nostro Decreto 4 Agosto 1807, riportato sotto la Nota n.° VI.

» priétaire de la rente, par un acte extrajudiciaire, un offre réelle d'une somme
» déterminée: en cas de refus d'accepter l'offre, les frais de l'expertise qui de-
» viendra nécessaire, seront supportés par celui qui aura faite l'offre, ou par le
» refusant, selon que l'offre sera jugée suffisante ou insuffisante. »

Art. 7. « L'offre se fera au domicile du créancier, lorsque la rente sera por-
» table; et lorsque elle sera quérable, au domicile que le créancier aura ou sera
» tenu d'élire dans le délai de trois mois, à compter du jour de la publication
» du présent Décret, dans le resort du District du lieu ou la rente devait être
» payée; et au defaut d'élection, à la personne du Commissaire du Roi du Di-
» strict. »

Art. 14. « Toute redevable qui vaudra racheter la rente ou redevance fon-
» cière dont son fonds est grevé, sera tenu de rembourser avec le capital du ra-
» chat, tous les arrérages qui se trouveront dus, tant pour les années antérieurs,
» que pour l'année courante, au *pro-rata* du temps qui sera écoulé depuis la
» dernière échéance jusqu'au jour du rachat. »

Nota IV.

Articoli del Regolamento per li trasporti censuarj,
del 30 Settembre 1752.

Art. 3. Saranno tenuti a far descrivere, come sopra e nel detto termine, in testa propria i beni dei quali acquisteranno la possessione, oltre i compratori e donatarj, anche quelli che la medesima acquistassero a titolo di *livello* di qualunque natura, ed a titolo di *affitto perpetuo;* e tutti quelli che acquistassero la possessione di alcuni fondi in proprietà per Sentenza e Decreto di Giudice: non intendendosi però compresi quelli che fossero immessi in possesso in vigore dell'interdetto Salviano, o in vigore di altre leggi e statuti di questo Stato a solo titolo di pegno ed ipoteca, o di altra qualsiasi cautela disolubile co 'l pagamento o con la redenzione.

Art. 4. Nelle vendite fatte co 'l patto di rivendita, o, come suol dirsi, *patto di grazia*, ed anche in occasione di effetti dati o ceduti in pagamento con lo stesso patto, siccome, secondo l'uso del paese, molte di tali vendite od azioni in pagamento sogliono risolversi in puri contratti pignoratizj, si osserverà se il venditore ritiene per qualche titolo il possesso appresso di sè, ovvero lo trasferisce nel compratore, ritenutasi la pura facoltà di redimere. Se il possesso e la percezione dei frutti rimane appresso il venditore, in tal caso non vi sarà obligazione di trasporto sino a tanto che il compratore non acquisti con effetto la possessione, o la percezione dei frutti del fondo contrattato. Se poi il possesso sarà passato nel compratore, di modo che nel venditore non rimanga che la pura facoltà di redimere; in tal caso il trasporto dovrà farsi in nome del compratore, e i contraenti saranno obligati all'osservanza del presente Editto.

Art. 5. Chiunque acquisterà l'usufrutto perpetuo, cioè durante la sua vita naturale, e acquisterà per tal modo l'effettivo possesso dei beni da usufruttuarsi,

sarà similmente tenuto all' osservanza del presente Editto, poichè il debito del censo è correlativo alla percezione dei frutti. Nell'usufrutto per altro limitato a certo tempo, come per lo più di breve durata, dispensiamo dall' obligazione di far eseguire il trasporto, quando dalle parti interessate non sia concordemente domandato.

(Ved. *Codice censuario, Regolamento dei trasporti,* pag. 97.)

Nota V.

Articolo della Istruzione governativa pe'l Reale Decreto 20 *Aprile* 1751.

Art. 17. Nelle pensioni livellarie si dovrà, per regola generale, intestare sempre il solo livellario attuale, ossia il possessore del dominio utile, lasciandosi in libertà degli esecutori delle presenti istruzioni l'accennare per modo di enunciativa, e ferma l'intestazione come sopra, anche il nome del padrone diretto ossia direttario, per maggiore chiarezza, o quando di ciò ne venisse loro fatta istanza: nel qual caso dovranno regolarsi secondo i modelli che di ciò si dánno segnati nel foglio dei modelli n.° 7.; ed avvertendo in tal particolare di stare attenti che i pezzi di terra ecclesiastici allivellati a persone laiche non vengano fraudolentemente denunziati, o fatti descrivere in testa dei padroni diretti, occultato il livello seguitone: il che quantunque per li riscontri che ha la Regia Giunta atti a scoprire tal fraude non potesse giovare ai defraudatori, potrebbe però portare qualche confusione, e bisogno di ulteriore correzione della tavola.

(Ved. *Codice censuario, Istruzione pe'l Reale Decreto* 1751, pag. 48.)

Nota VI.

Decreto 12 *Genajo* 1807.

Art. 30. Qualunque debitore di mutui, censi, livelli, decime ed annualità qualsivogliano a Corporazioni esistenti, a Stabilimenti, per oggetto di culto, istruzione e beneficenza publica, potrà liberarsi pagando il capitale che verrà convenuto alla Cassa di ammortizzazione.

Decreto 4 *Agosto* 1807 *per l'esecuzione del Decreto* 12 *Genajo* 1807.

Art. 10. Qualunque Corpo o particolare, il quale sia debitore di capitali o annualità a Corporazioni esistenti, a Beneficj, Cappellaníe, Parochie vescovili, Università di studj, Collegi, Ospedali, o per legati pii, suffragi dati o limosine, e in generale Stabilimenti per oggetto di culto, istruzione e beneficenza publica, potrà, volendo, liberarsi da ogni obligazione pagando alla Cassa di am-

mortizzazione presso il Monte Napoleone un capitale che sarà, secondo i diversi casi, regolato a norma dei seguenti articoli ....

Art. 20. Per l'affrancazione dei livelli si osserverà quanto segue.

§ 1. Nei livelli transitorj a favore di chi che sia, e costituiti a perpetuità, il prezzo sarà regolato in ragione di lire cento per ogni lire cinque del cánone annuale .....

§ 5. I livelli ad una o più linee, siano esse agnatizie o cognatizie, si calcolano come i livelli perpetui; salvo il caso in cui non esista, oltre il livellario attuale, altra persona chiamata a succedere nel livello, ed il livellario medesimo abbia sessant'anni compiuti se maschio, e cinquanta se femina: nel qual caso l'affrancazione sarà regolata al tre per cento.

Art. 21. Se il cánone livellario consiste in generi, questi si valutano con la norma fissata nell'art. 13.

Art. 22. In correspettivo dei laudemj, vincoli e patti di caducità e di reversione che cessano, l'affrancante dovrà sborsare alla Cassa di ammortizzazione un capitale addizionale eguale alla quindicesima parte del capitale principale. Il Monte Napoleone corrisponderà al creditore anche l'interesse di questo capitale addizionale in ragione del cinque per cento.

N.B. *Si avverta che questa materia* dei livelli *fu trattata per disteso dall'Autore nella sua Opera* su la Ragione civile delle aque. *Non ho creduto di omettere in questo scritto qualche brano che si trova nella detta Opera riprodotto, perchè il risparmio di alcune pagine avrebbe portato lo sconcio d'interrompere il corso delle idée, o almeno di obligare i lettori a ricorrere ad un altro Volume; incomodo che val bene la pena d'essere evitato a prezzo di qualche ripetizione non molto estesa.* (DG)

TESI III.

Le rendite livellarie anteriori al Codice Napoleone, continuative dopo il medesimo a perpetuità, debbono porsi nella classe delle rendite perpetue, contemplate dall'articolo 530. del Codice Napoleone.

§ 1008. Dopo le cose trattate di sopra (§ 1001. a 1007.), questa tesi dovrebbesi considerare come anticipatamente provata, e come un semplice corollario derivante da premesse indubitate. Di fatti, tolto il vincolo di condominio dalle mani del livellante o degli aventi causa da lui, e trasportata tutta la proprietà reale su la testa del livellario, altro non rimane a favore del livellante che il semplice *credito* della rendita, e degli altri emolumenti eventuali stabiliti nel contratto.

Ridotto così il diritto del livellante, nè essendo più un *jus in re*, ma invece un *jus ad rem*, la sua azione non è più immobiliare, ma puramente personale; e benchè il fondo livellario debba considerarsi affetto dal peso della rendita, ciò non ostante non si può considerare vincolato immediatamente al livellante per titolo di dominio reale, ma bensì vincolato a lui per semplice *sicurezza* della esigenza del suo credito; e però, in forza delle nuove leggi, si deve pronunciare che il livellante ritiene su 'l fondo un semplice *privilegio* per sicurezza del cànone, ossia della rendita livellaria a lui dovuta. Inoltre se *irredimibile* fu prima il diritto, esso poscia è divenuto *redimibile.*

Queste sono ineluttabili conseguenze dei rapporti combinati della primitiva natura dei diritti livellarj con tutta la ragione delle nuove leggi civili, e del principio che mantiene e protegge sotto il nuovo sistema i diritti quesiti dei cittadini.

A fine di comprendere tutti i rapporti della tesi sopra esposta, e di sentirne la verità, conviene considerarla nelle sue singole parti, e sottoporla alle particolari disposizioni delle leggi vigenti.

I. Tutti i lucri e tutti i diritti di privata proprietà sono conservati al livellante.

§ 1009. Prima di tutto ognuno vede di leggieri che con le nuove disposizioni nulla vien tolto all'interesse del livellante; imperocchè la sua *rendita* dura tuttavía, nè da lei viene sottratto neppure un centesimo. Dunque il livellante non si può lagnare che la nuova legge gli tolga, quanto all'entrata sua ordinaria, nè meno un jota del suo diritto quesito.

Ciò che dicesi della sostanza e dell'entità stessa della rendita, deve pur dirsi della *sicurezza* ad esigerla. Co 'l ritenere il privilegio ne trova egualmente sicura la percezione.

In nulla poi viene nociuto ai *diritti eventuali* del livellante, nè quanto al *diritto di ritorno* d'un livello perpetuo nel caso che la posterità o mascolina o feminina venisse ad estinguersi, nè quanto al *diritto di caducità* per la mora biennale o triennale del livellario a pagare la rendita. Niuna legge e niun principio sotto il nuovo sistema vieta al livellante l'esercizio di questi diritti.

OBJEZIONE.

§ 1010. Quì sorge un'objezione. Come mai, taluno dirà, si può verificare la reversione e la caducità sopra contemplata, senza figurare nello stesso tempo che la proprietà diretta rimanga presso del livellante? Questo ritorno e questa caducità non sembra forse la conseguenza di un vero *jus in re* del livellante, che, quasi infisso nel fondo stesso, fa sì ch' egli ritiri appresso di sè il fondo allorchè più non esiste la discendenza del concessionario a cui fu dato a godere, od allorchè il concessionario stesso non soddisfa alla sua obligazione? Senza questo vincolo reale, sempre durevole e sempre attivo, come si potrebbe figurare un ritorno? Dunque in forza dei diritti proprj dell'enfiteusi, che concedonsi mantenuti ed operativi sotto le nuove leggi, devesi indirettamente confessare, sussistere ancora un *jus in re*, ossia dominio diretto, che fu prima negato. Se poi tali effetti si volessero aboliti, si dovrebbe necessariamente ammettere nelle leggi un vizioso effetto retroattivo, perchè lesivo della proprietà e dei diritti naturalmente quesiti del contratto. Ma così è, che avanti ogni cosa questa viziosa retroazione ad ogni modo non si può introdurre, attesochè il rispetto al diritto di proprietà viene dalle nuove leggi proclamato come eminente e regolatore fra le vecchie e le nuove disposizioni. Dunque è forza ammettere l'altro partito, cioè quello della proprietà diretta, ossia del condominio nel livellante, onde operare rispettivamente la reversione nei casi contemplati nell'investitura.

RISPOSTA.

§ 1011. Tutto l'apparecchio di questa objezione svanisce, se si ponga attenzione all'unico perno su cui si aggira. Questo consiste nel supporre che la reversione del fondo al livellante non possa derivare che dal solo *jus in re* ritenuto nella prima concessione, e che per conseguenza il

ritorno non sia compatibile con l'alienazione della piena proprietà del fondo. Ma allorchè si dimostrasse che la detta reversione può aver luogo anche nel caso di un'assoluta alienazione del dominio reale, per ciò stesso cesserebbe il fondamento dell'objezione. Ora si domanda se la reversione del fondo livellato a perpetuità, in caso dell'estinzione della discendenza investita, o nel caso di mora al pagamento della rendita, possa conciliarsi con l'alienazione della proprietà.

Se la reversione del fondo può essere la conseguenza di una clausola *risolutoria*, allora si combina benissimo l'alienazione della proprietà con la reversione medesima, senza che siavi bisogno di ricorrere al condominio: essa per lo contrario si verifica co 'l pieno trasporto della proprietà nel livellario.

« In verità questo trasporto (dice il sig. Merlin parlando di un'enfiteusi perpetua) è risolubile in un caso preveduto nell'Atto, cioè nel caso in cui la posterità, sia mascolina sia feminina del concessionario, venisse ad estinguersi. Ma che cosa si può inferire da questo? Per ciò solo che una proprietà può essere risoluta, se una tale condizione puramente eventuale si verifica; ne segue forse che tale proprietà non esista fino a tanto che la condizione non siasi verificata? E la sola possibilità di un evento risolutivo deve forse far considerare al dì d'oggi come un proprietario colui che può essere spogliato da questo evento? No certamente. »

« Le leggi romane, voi lo sapete, posero una somma differenza tra le condizioni sospensive e le condizioni risolutive. Le condizioni sospensive impediscono l'effetto del contratto, al quale le stesse condizioni furono apposte, fino a tanto ch'esse rimangono in sospeso; ma le condizioni risolutive lasciano al contratto tutto il suo effetto presente, ed allorquando si verificano non l'annullano che pe 'l futuro; o, come dice Pothier (*Trattato delle obligazioni*, n.° 224), *esse sono apposte non per sospendere l'obligazione sino al loro compimento, ma per farla cessare allorchè si compiscono: una obligazione contratta sotto una condizione risolutiva è dunque perfetta all'istante stesso del contratto.* »

« Infatti non si è giammai osato pretendere che un acquirente con facoltà del riscatto non fosse proprietario, sotto il pretesto ch'egli poteva essere spropriato mediante l'esercizio di questa facoltà per parte del venditore. Giammai si osò pretendere che un donatario tra vivi non fosse proprietario, sotto il pretesto ch'egli poteva essere espropriato per sopravenienza di figli al donatore. Giammai si osò pretendere che gli in addietro feudi dell'Alsazia non appartenessero realmente ed in

piena proprietà al loro possessore, per la ragione che in mancanza di posterità mascolina di questo, essi dovessero ritornare al padrone del feudo, conformemente alle regole consegnate nel libro *De usibus feudorum*, e mantenute in questi paesi in forza di una dichiarazione del 26 Febrajo 1697, e di una Decisione del Consiglio 11 Giugno seguente. Giammai si è osato pretendere che i feudi, qualificati *Ducati*, non appartenessero realmente ed in piena proprietà agli in addietro Duchi, a motivo che, a termini dell'Editto del mese di Luglio 1566, essi erano reversibili al Demanio dello Stato in mancanza di discendenti maschi, in favore dei quali alcuni feudi erano stati elevati a questa dignità » (1).

Quello che dicesi dell'estinzione della discendenza molto più si applica al caso della mora, d'onde proviene la reversione per caducità. Ognuno sa che ogni clausola commissoria (apposta *in vim pacti legis commissoriae*, per cui risolvesi un contratto) si concilia ordinariamente con la vendita, nella quale è fuori di dubio che trasportasi l'intiera proprietà nel compratore; e però se dalle mani del livellario il fondo ritorna al livellante per fatto del livellario stesso, che tralascia di pagare il cánone dentro il tempo convenuto, ciò non deriva essenzialmente dal supposto dell'esistenza della proprietà o di porzione della medesima presso il concedente; ma bensì dalla forza del patto commissorio stabilito nel contratto originario.

Un'altra osservazione importante per tutta la materia si è, che l'alienazione a perpetuità si verifica tutte le volte che la concessione ad enfiteusi non è limitata ad una o a certe età determinate (poichè veramente allora è temporaria), ma si estende a qualunque discendenza, o solamente alla posterità sia maschile sia feminile dell'investito; e ciò perchè rendesi essenzialmente indefinita la durata della concessione medesima: di modo che nelle cose legali la perpetuità si verifica tutte le volte che il tempo non è certamente limitato, ma il di lui corso è abbandonato indefinitamente alla durata delle generazioni, e talvolta sorpassa i limiti della prescrizione; a differenza della perpetuità presa in senso filosofico, che mal si potrebbe applicare agli affari umani. Prova di ciò sia la citata autorità del signor Merlin nella enfiteusi da lui contemplata, che considerasi perpetua sebene sottoposta a reversione nel caso dell'estinzione della discendenza, sia mascolina sia feminina, del concessionario.

Dopo di avere esaminati gli effetti delle nuove leggi su le rendite livellarie continuative dopo il Codice Napoleone, si scorge di leggieri

(1) Merlin, *Questions de Droit*, Tom. IV. v. *Moulin*, pag. 290-291.

avere le nuove leggi, e quanto al debito della prestazione livellaria e quanto alla sicurezza della esazione, mantenuto perfettamente il diritto quesito alle parti, nè essersi nociuto nè punto nè poco al loro interesse, benchè sia stato sciolto il vincolo del condominio. Lo stesso si deve dire rispetto ai diritti eventuali del *laudemio*, in caso di mutazione e di ogni altra utilità a favore del livellante, la quale potendosi verificare anche con l'alienazione della piena proprietà, riesce onninamente compatibile co 'l sistema delle nuove leggi.

II. Effetto delle nuove leggi su i livelli anteriori continuativi in futuro ed a perpetuità.

§ 1012. A che dunque riducesi l'effetto delle nuove disposizioni del Codice Napoleone nei livelli perpetui in futuro? Esso riducesi solamente a regolare il *modo di esecuzione* del contratto, in relazione all'eminente interesse publico dello *sviluppamento delle proprietà*, salvo alla parte ogni diritto anteriormente quesito.

Al rinovarsi indefinitamente in ogni anno il titolo della prestazione livellaria, stipulata in perpetuo, si rinova veramente un titolo mantenuto per ministero solo della legge; perocchè per la sola autorità della società vivente nei secoli si può dar forza perpetua all'Atto di uno speciale individuo particolare, il quale non può estendere la sua autorità ch' entro il solo período della propria vita.

Separando pertanto nel contratto originario l'effetto proprio dell'autorità del cittadino privato dall'effetto proprio dell'autorità della legge, ognuno scorge che l'autorità privata, per ragione essenziale e naturale, non si estende oltre la vita dell'individuo; l'autorità per lo contrario della legge si estende a tutte le età che formano la vita dello Stato. D'onde nasce la luminosa conseguenza, che se fin da principio in un contratto qualunque si contempla la *perpetuità*, questa *ipso jure* non riceve la sua forza legale che dal ministero solo della legge, e per ciò stesso inchiude la tacita condizione di soffrire tutte quelle modificazioni che l'interesse publico può esigere co 'l tratto del tempo per l'interesse comune, il solo prevalente, ed animatore della legge medesima.

V' ha ancora di più. Fin da principio intervenendo l'azione propria della legge per mantenere a perpetuità le condizioni ed i vincoli legali del contratto, al sopravenire di una nuova legge che ne regoli in altra maniera il modo di esecuzione, altro non si verifica se non che la nuova legge agisce su l'antecedente, senza che venga in alcun modo alterato

l'interesse particolare, avvegnachè ogni elemento di particolare utilità (che solo poteva essere di spettanza privata) viene mantenuto.

Lungi dunque che accada veruna lesione di un diritto quesito particolare (nel che consiste la viziosa retroazione della legge), si sente all'opposto che la legge rispetta ogni diritto quesito. Ella è anzi generosa mantenendo fra le generazioni diverse un effetto che avrebbe potuto togliere in vista di un eminente interesse, al quale, in forza della legge sociale, ogni singolo individuo si dovrebbe conformare con privato sacrificio, onde ottenere il largo compenso della protezione ed estensione de' suoi individuali diritti, e di tutti i vantaggi che ridondano dalla colleganza civile (1).

Ecco perchè sta sempre in potere del Legislatore di regolare *per l'avvenire* il modo di esecuzione dei contratti, e di sostituire il modo che conviene al sistema generale da lui stabilito ad altri modi particolari che non sarebbero in armonía co 'l sistema generale, come classicamente fu dichiarato dalla Corte di Cassazione dell'Impero con la sua Decisione 6 Luglio 1812, riportata nel *Giornale di Giurisprudenza* (2).

III. Continuazione. Nuove affezioni e doveri relativi ai livelli perpetui.

§ 1013. Tolto di mezzo l'objetto della viziosa retroazione, applicando le disposizioni del Codice Napoleone agli antichi livelli perpetui oggidì esistenti, e mantenuti a perpetuità, resta la strada spedita a provare le altre parti della proposta tesi.

1.° Fu detto in primo luogo, che la rendita ossia il cánone è di *ragione mobiliare*, e non *immobiliare*. Ciò non abbisogna di dimostrazione, dopo che fu dimostrato antecedentemente essere stato tolto il *jus in re*.

2.° Fu detto che il fondo resta *impegnato* per sicurezza dell'esigenza della rendita, e quindi essere il fondo stesso affetto dal peso della medesima. Il credito pertanto della rendita è un credito con ipoteca rispetto al livellante, e un debito con ipoteca rispetto al livellario. Per questa ragione nei Decreti 12 Genajo e 4 Agosto 1807 il livellario fu considerato e chiamato *semplice debitore*, ed il livellante *semplice creditore*.

---

(1) « On exagérait beaucoup trop le principe de la non-rétroactivité des lois, si l'on » allait jusqu'à dire que le Législateur ne » peut plus absolument rien à l'égard des » *contrats passés*, qui ont une longue suite » d'exécution; qu'il ne peut plus imposer *aucune condition nouvelle*, quoique elle fût » appropriée aux nouveaux besoins de la so» ciété. » (Merlin, *Répertoire*, v. *Rente constituée*, Tom. XI., ediz. 1809, pag. 36.)

(2) Vedi sopra, § 984. a 987.

Quì però non si tratta più della natura propria della rendita, ma bensì dei *vincoli di sicurezza*, onde effettuarne l'esigenza a favore del livellante. La natura del vincolo è correlativa alla natura del diritto; e siccome la conversione da immobiliare in mobiliare è fatta per solo ministero della legge, così il vincolo ipotecario, ossia meglio il privilegio, viene indotto per opera della nuova legge medesima, in vista per altro del contratto anteriormente stabilito; e però se la nuova legge toglie il *jus in re*, e sostituisce il *jus ad rem* proprio degli enti mobiliari, non libera il fondo enfiteutico da qualunque vincolo, ma ne sostituisce un altro adatto alla natura novamente data alla rendita medesima.

Sarebbe un vero abuso di raziocinio e si farebbe ingiustamente retroagire la legge, se limitandosi alla semplice abolizione del vincolo immobiliare, si volesse dedurne l'assoluta libertà del fondo, e compromettere la sorte del creditore, togliendogli ogni futura sicurezza all'esazione del suo credito. Due operazioni pertanto conviene ravvisare nel Codice Napoleone su questo punto: la prima *negativa*, la seconda *positiva;* la prima *abolitiva*, la seconda *sostitutiva*. La prima consiste nell'abolire il *jus in re*, ossia il vincolo immobiliare; la seconda nel sostituire la natura mobiliare ed il privilegio su 'l fondo per la esigenza del nuovo credito mobiliare.

Tutto ciò viene stabilito come risultato delle disposizioni combinate del Codice Napoleone (1), e viene confermato dall'autorità del Decreto recentemente emanato per li Dipartimenti anseatici, nei quali erano in vigore i detti livelli, come in Italia. Si badi bene che questa disposizione non è di speciale diritto, ma un semplice corollario legale, ossia meglio un risultato essenziale dell'applicazione del Codice Napoleone alla natura propria di sì fatte rendite mantenute in futuro; talchè in qualunque luogo, dove sì fatte rendite preesistevano e sono mantenute, la nuova Legislazione civile venga applicata, ne deve nascere lo stesso risultato, come essenziale derivazione dei rapporti combinati.

Nel detto Decreto all'art. 37. si dispone quanto segue: « Pour sûreté de l'acquittement des redevances maintenues jusqu'au rachat, et » du capital du rachat, les propriétaires auront, sur ces fonds grevés, » un privilège qui s'exercera immédiatement après celui du Fisc pour » les contributions, pourvu que .... il ait été par eux pris inscription » au bureau des hypothèques. — Cette inscription conservera ledit pri-

(1) Veggasi la Nota n.° I. in séguito di questo scritto.

» vilège pour les arrérages échus .... jusqu'à concurrence de deux an-
» nées » (1).

Più cose conviene distinguere in questa dichiarazione dell'applicazione delle nuove leggi in paesi dov'erano in uso sì fatte prestazioni perpetue di natura immobiliare; cioè:

1.° Le dette rendite essersi rese *redimibili*, mentre prima erano *irredimibili*. Ciò è la conseguenza necessaria degli art. 529. 530. del Cod. Nap., il quale non riconosce più rendite immobiliari di sorta alcuna.

2.° Essersi sostituito al vincolo del condominio, ossia al *jus in re*, un privilegio su'l fondo affetto alla detta rendita.

3.° Essere stata fissata la *poziorità* di detto privilegio o ipoteca privata, salva la sola prelazione del privilegio del publico Tesoro per le publiche contribuzioni (2).

4.° Il detto privilegio essersi stabilito per *ministero della legge*, la quale, nell'atto di convertire la rendita immobiliare in rendita mobiliare, sostituì il vincolo del privilegio al vincolo del condominio.

5.° Essere stato per altro ingiunto l'obligo dell'inscrizione all'Officio delle ipoteche, come in ogni altro caso; stantechè il titolo inducente il privilegio o l'ipoteca, benchè possa intrinsecamente assicurare la rendita al privato, ciò non ostante non può servire all'*effettivo esercizio* del privilegio medesimo, se non mediante questa inscrizione, la quale per sè stessa è totalmente di ordine publico, perchè fondata su'l motivo della publica sicurezza delle contrattazioni; la qual cosa è totalmente indipendente dalle ragioni emergenti dalla costituzione del contratto fra i privati, qualunque ne siano le condizioni ed i rapporti (3).

6.° Rimane finalmente l'azione per le *rendite scadute ed arretrate*. Nell'ultima parte del citato articolo altro non si fa che applicare la dis-

---

(1) Decreto imperiale del 9 Dicemb. 1811, n.° 407. del *Bolletin des Lois*, Tom. XXXIX. pag. 513 e seguenti. Sirey, Tomo XII. Parte II. pag. 52.

(2) L'anteriorità del privilegio del Tesoro per le publiche imposte affettando il fondo, qualunque ne sia il padrone, si verifica tanto nell'ipotesi del condominio, quanto nell'ipotesi che tutta la proprietà si trovi nelle mani del livellario, e però sta sopra l'interesse delle parti civili. Era poi giusto che il privilegio del livellante fosse anteriore a quello di qualunque altro privato creditore del livellario; imperocchè se al primo momento che nel livellario passò il dominio della cosa ne fu riservata parte al livellante, di modo che dal livellario non poteva essere disposto a favore di alcun suo creditore, ma sempre costituiva a favore del direttario un jus precipuo ad esigere il cánone a titolo di condominio; egli era giusto, dopo che fu immutato il diritto della rendita, che il livellante godesse di questa prelazione, e però fosse dalla legge conservata a suo favore come surrogato: senza di che la legge avrebbe leso il diritto quesito del livellante medesimo.

(3) Art. 2106. del Codice Napoleone.

posizione dell'art. 2151. del Cod. Napoleone. Nel citato Decreto 9 Dicembre 1811, parlando di questi arretrati, con la disposizione dell'art. 38. s'induce l'obligo della rinovazione a norma dell'art. 2154. « La même » inscription conservera pour le suite le privilège à l'égard de deux an» nées d'arrérages, pourvu qu'elle soit renouvellée aux époques fixées » par l'art. 2154. du Code Napoleon » (art. 38).

IV. Degli affitti perpetui.

§ 1014. L'oggetto di queste osservazioni essendo precipuamente quello di far sentire l'effetto del Codice Napoleone su le rendite anteriori mantenute, e che si debbono prestare in futuro, onde far camminare tutte le parti della Legislazione in una perfetta armonía, salvando ai privati i loro diritti quesiti; ci costringe quì ad arrestarci su gli *affitti perpetui*, conosciuti sotto l'impero dell'anteriore Legislazione, e che continuano sotto la nuova.

Taluni consultando più il senso materiale delle parole, che l'indole reale delle cose; più l'opinione propria astratta, che la mente concreta del Legislatore; più le ipotesi isolate dello stato nudo anteriore, che le conseguenze che nascono dall'attivazione del Codice Napoleone: si sono fatto lecito di porre in dísputa, se negli affitti o locazioni perpetue si debba considerare esistere il condominio fra il locatore ed il conduttore; o se tutta la proprietà risegga nel locatore, rimanendo presso del conduttore il semplice godimento dell'usufrutto, come nelle locazioni temporarie.

Fa certamente meraviglia che tale questione venga trattata ponendo in non cale il supposto del Legislatore che attivò il Codice Napoleone. Certamente se constasse il Legislatore avere opinato non verificarsi il condominio suddetto, e molto meno tutto il dominio esistere presso del locatore (lo che niun giureconsulto osò mai asserire), e per lo contrario tutta la proprietà risedere presso del conduttore; ed in conseguenza di ciò aver egli tolta ogni differenza fra le pensioni pagate a titolo di perpetua locazione, e le altre rendite fondiarie perpetue, e rese da lui redimibili: non rimarrebbe più luogo a veruna dísputa su gli effetti proprj delle anteriori locazioni perpetue.

Sotto questo aspetto complessivo si doveva riguardare e trattare la questione, e non scindere capricciosamente la mente e gli oggetti contemplati dal Legislatore. Egli ben sapendo che in futuro queste rendite anteriori dovevano continuare, non poteva dispensarsi dal comprenderle nelle sue disposizioni dirette al futuro. Asserire il contrario sarebbe lo

stesso che accusarlo d'una stolida imprevidenza; sarebbe lo stesso che dire aver egli voluto conservare un sistema contradittorio all'unità dei suoi principj, ed autorizzare il corso di due Legislazioni fra loro discordanti; sarebbe lo stesso che smentire un fatto solenne della moderna Legislazione.

Ciò premesso, domando quale sia stato il pensiero del Legislatore su questa specie di contratti e prima e dopo l'emanazione del Codice medesimo.

Da tutti i partiti è riconosciuto senza difficoltà, che l'Assembléa costituente ritenne che le locazioni perpetue sono una specie di rendita fondiaria; che per esse si verificava il vincolo del condominio, come nei livelli; ed in conseguenza di ciò fu stabilito, con la legge 18 Dicembre 1790, che le rendite o pensioni fondiarie, stabilite dai contratti conosciuti in alcuni paesi sotto il titolo di *locazioni perpetue*, fossero soggette alla facoltà di redenzione accordata da molti Decreti (1).

« Questa legge speciale (dicesi), che tolse in Francia qualunque » differenza tra l'affitto perpetuo e quello che ivi si chiama *à rente* » *foncière*, e che ritiensi traslativo di proprietà, fu il tipo delle suc- » cessive disposizioni e decisioni relative a questa specie di contratti. »

Queste disposizioni (io proseguo) non furono mai rivocate nè prima del Codice Napoleone, nè nella compilazione del medesimo; anzi consta essere state trasfuse e come in compendio accennate nell'articolo 530. del Codice stesso per ciò che riguarda il *diritto*. Per quello poi che spetta alla loro esecuzione, essere stato ritenuto il *modo* già fissato, di maniera che esso fu posteriormente, co' i Decreti 8 Novembre 1810, 6 Genajo e 19 Aprile 1811, esteso a tutti i Dipartimenti uniti alla Francia dopo il 1810 (2).

Si oppone da taluno che queste ordinazioni non essendo state publicate in Italia, non possono aver avuto effetto in Italia come in Francia. Io domando se in Italia come in Francia abbia effetto il Codice Napoleone. Di ciò non si può più dubitare. Ora domando di nuovo se l'articolo 530. dello stesso Codice abbia effetto tanto in Francia, quanto in Italia. L'affermativa non soffre dubio. Dunque sarà vero che anche in Italia qualunque rendita perpetua, stabilita in correspettivo del prezzo di uno stabile, o come condizione della cessione dei beni immobili fatta a titolo

---

(1) Vedi il testo di questa legge nella Nota n.° III. fra quelle che precedono questo scritto.

(2) Vedi *Collection des lois françaises*, edit. par Rondonneau. Paris, dans l'imprimerie d'Ange Clo, 1811, Tom. III. pag. 318.

oneroso o gratuito, è essenzialmente redimibile, come letteralmente dispone il detto art. 530. È vero o no che la pensione di una perpetua locazione è una rendita perpetua, stabilita come condizione della cessione dell'immobile dato ad affitto perpetuo? È vero o no che questa rendita ha luogo sotto l'impero del Codice Napoleone? Dunque che cosa osta affinchè la disposizione dell'art. 530. non sia applicabile agli affitti perpetui continuativi in Italia dopo il Codice Napoleone?

Forse si objetterà che questa rendita non fu originariamente costituita sotto il Codice medesimo. E che per ciò? forsechè ogni anno questa rendita non si rinova sotto l'impero del medesimo? Oltre a ciò, o i rapporti legali anteriori (salvo ogni privato diritto quesito) sono compatibili con le disposizioni del nuovo Codice, o no. Se sono compatibili, cessa ogni controversia; se poi sono incompatibili, essi debbono cedere ai rapporti novelli, per sottomettere tutti i loro effetti al sistema attualmente vigente, per il noto principio della prevalenza delle nuove leggi su le anteriori fino nelle materie costituzionali (1).

Ma se, giusta i rapporti delle vecchie leggi, la prestazione della pensione perpetua non era redimibile, e se all'opposto dopo il Codice Napoleone sono tutte redimibili; ne viene la necessaria conseguenza, che dopo il Codice Napoleone l'obligo della prestazione delle suddette pensioni è di sua natura redimibile dall'affittuario; e per una necessaria ed intima conseguenza, o, a dir meglio, per un supposto indivisibile, la proprietà si considera tutta presso l'affittuario medesimo, al quale viene attribuito il diritto di liberarsi dal peso della prestazione. Di fatto sarebbe assurdo il supporre in lui il diritto di riscatto della prestazione, senza supporlo proprietario del fondo ch'egli vuol liberare. D'altronde la irredimibilità è attributo della sola legge, come la perpetuità.

Una delle due: o conviene far camminare in perpetuo un ramo di Legislazione non assistito in alcuna parte dal sistema vigente (2), e formalmente contrastante co'l medesimo; o conviene ammettere la redimibilità dell'affitto perpetuo, ordinata dall'art. 530. del Codice Napoleone.

Le leggi del 1790 e la successiva loro promulgazione dopo il Codice Napoleone nei Dipartimenti francesi novamente aggregati non sono dunque esclusivamente attributive del diritto, ma servono solamente

(1) Vedi la Nota n.° III. in séguito di questo scritto.

(2) Ciò che il sig. Merlin notò quanto alle rendite fondiarie immobili su 'l punto d'ogni mancanza, ed anzi di positiva *contrarietà* di disposizioni del Codice Napoleone, si verifica identicamente delle locazioni perpetue e dei livelli, i quali non sono che parti delle rendite fondiarie, come tosto si dimostrerà. Vedi la Nota n.° I. dopo questo scritto.

a dilucidare il disposto dell' art. 530., e a segnare le *discipline* del riscatto di cui manchiamo tuttavía.

Per lo che si vede con quanta poca ragione sia stato affermato « non » essere presso di noi stata promulgata nessuna legge in questo propo- » sito, e che perciò restano fermi i generali principj su la natura di si- » mile contratto di perpetua locazione, rispetto al quale tanto meno » potrebbe ritenersi regolato da leggi o massime posteriori, quand'anche » esistessero, quanto più è certo che trattasi di determinarne l'indole » originaria. Questi principj pertanto debbono aver luogo finchè la no- » stra Legislazione non sia conformata anche in questa parte a quella » di Francia rapporto pure agli *affitti perpetui* anteriori; o non si pre- » sentino per avventura dei contratti di questa specie, i di cui patti » particolari autorizzino a ritenere seguíta una vera mutazione di pro- » prietà. »

In questo ragionamento si suppongono tre cose egualmente false; cioè:

1.° Che sotto il régime delle leggi anteriori d'Italia co 'l contratto di perpetua locazione non si trasportassero nell'affittuario maggiori diritti di quelli che si trasportavano con la locazione temporaria: lo che è evidentemente falso, perchè consta essere sempre stato ritenuto che con la locazione perpetua veniva trasportato, come nell'enfiteusi e nella *rente foncière*, il dominio utile nell'affittuario, di maniera che per questo contratto si verificava un vero condominio nel locatore e nel conduttore, come nell'enfiteusi (1).

2.° Si suppone che con la emanazione del Codice Napoleone non sia stato tolto questo condominio come nei livelli perpetui, e non sia stata trasportata invece tutta la proprietà in testa del solo affittuario perpetuo: di più si suppone, che per operare questo svincolamento fosse necessaria una legge espressa derogatoria, quasichè la continuazione di questo condominio, inducente una specie particolare di proprietà irredimibile, fosse compatibile tanto con la distinzione dei beni stabilita dal Codice, quanto co' i caratteri di *redimibile* e di *mobiliare* attribuiti ad ogni rendita fondiaria nel régime ipotecario, e supposta in tutte le transazioni commerciali (2) del Codice Napoleone; o quasichè due sistemi fra loro discordanti potessero camminare perpetuamente di conserva, e non più tosto il posteriore debba derogare all'anteriore o pe 'l solo

(1) Ciò viene provato con la Nota n.° II. in séguito di questo scritto. — (2) Vedi la Nota n.° I. dopo questo scritto.

motivo dell'incompatibilità, o per la cessazione dell'ordine di cose, dal quale dipendevano i vincoli immobiliari (1).

3.° Nel recato argomento si suppone che da niuna legge italiana vigente oggidì la locazione perpetua sia stata espressamente considerata come *operativa di mutazione di proprietà*. Ciò è falso in fatto; perocchè, indipendentemente dalle conseguenze necessariamente derivanti in Italia dal citato art. 530. del Codice Napoleone, si consulti il Decreto 10 Febrajo 1809, art. 22. 23., nei quali espressamente si considera questo contratto come causa di vera mutazione di proprietà (vedi sopra § 1005); si consulti inoltre l'art. 84. § 2. della legge 21 Maggio 1811, nella quale contemplando espressamente gli *affitti perpetui*, si suppone lo stesso; si rifletta che questa legge è fatta per l'Italia, ed operativa ne' suoi rapporti di Diritto civile, giusta quanto fu osservato (vedi sopra dopo il § 1000, Nota II. Esempio III. Osservazioni): e così cesserà ogni dubio.

Conchiudasi pertanto, che le locazioni perpetue, al pari delle rendite enfiteutiche, cadono sotto la disposizione dell'art. 530. del Codice Napoleone.

V. Coincidenza delle diverse rendite fondiarie anteriormente conosciute in Francia con le rendite fondiarie conosciute in Italia.

§ 1015. Posto che il Codice Napoleone con la disposizione generale dell'art. 530. agisce tanto su le rendite fondiarie anteriormente costituite, quanto su quelle che in futuro si potrebbero stabilire; e posto che esso non può agire su le anteriori introdotte in Italia, se non in quanto per la loro reale simiglianza possono essere contemplate, disponendo di quelle introdotte in Francia: ragion vuole di farne sentire la coincidenza, per ravvisare gli effetti conseguenti della legge, e dirigerne convenientemente l'applicazione.

A fine di prevenire ogni confusione conviene premettere, che sebene sotto la denominazione di *rendita* in genere possa cadere ogni sorta di utilità periodicamente prestata fra due persone o perpetuamente o temporariamente per causa di un bene mobile o immobile, e quindi anche di denaro dato e rispettivamente ricevuto; ciò non ostante le nostre considerazioni si arrestano soltanto a quella specie di rendita che colpisce un immobile, e che si presta periodicamente ed in perpetuo, e rispettivamente si riceve a cagione della tradizione dello stesso immo-

(1) Vedi la Nota n.° III. dopo questo scritto.

bile: e per conseguenza le osservazioni non vengono estese al *genere universale* delle rendite, ma limitate allo speciale della rendita così detta *fondiaria*.

Questo genere di rendita comprendeva in Francia altre specie subalterne e distinte, come si dirà in appresso. Fra tanto giova notare che quì non si parla nè della *rente constituée*, sinonima del nostro *censo consegnativo*, che veniva definito: *contractus, quo quis praetio accepto alteri vendit jus percipiendi annuam pensionem ex re vel persona, atque inde* consignativus *seu* constitutivus *dicitur: gallice* RENTE CONSTITUÉE (1). Nè meno quì si parla del censo vitalizio, riconosciuto in Francia sotto il nome di *rente viagère*, il quale dal nuovo Codice è posto sotto la categoría dei contratti aleatorj, e che può appartenere all'una o all'altra specie di rendita, secondo ch' esso è costituito o in vista della tradizione di un bene immobile, o in vista di un capitale pecuniario indipendente, o in vista finalmente del prezzo dell' immobile stesso costituito in capitale.

Circoscritta l' ispezione dentro i límiti della rendita fondiaria, noi faremo in primo luogo osservare ciò ch' era comune alla Francia e all' Italia quanto all'applicazione dell' idéa principale. In Francia la denominazione di *rente foncière*, presa in tutta la sua estensione, veniva definita: *Le droit de percevoir tous les ans sur un fond une redevance fixée en fruit ou en argent, laquelle doit être payée par le détenteur* (2). Questa definizione del signor Merlin coincide con quella di Loiseaux, espressa nei seguenti termini: *Les rentes foncières sont des redevances principales des héréditages, imposées en l' aliénation d' iceux* (3).

Questa definizione venne canonizzata da una Decisione della Corte di Cassazione dell' Impero con le seguenti parole: *En principe la rente foncière est une charge réelle inhérente au fonds sur lequel elle été retenue et constituée par le bailleur* in traditione fundi (4).

Benchè qualsiasi contratto, in cui per la concessione di un immobile si presta e rispettivamente si riceve una rendita periodica in generi o in denaro, cada sotto il nome di *rente foncière*, e però si comprenda tanto il censo riservativo propriamente detto, quanto l'enfiteusi o il fitto perpetuo; tuttavolta, per una specie d'antonomasia, la denomi-

(1) Richeri, *Jurisprudentia universalis*, Tom. X. Lib. II. Tit. XXI. § 1518.

(2) Merlin, *Répertoire*, v. *Rente foncière*.

(3) *Du déguerpissement*, Chap. III. § 8.

(4) Decisione 12 Piovoso, anno XI., nella Causa tra Fortin e gli eredi Seron. Sirey, Tomo III. Parte I. pag. 222.

nazione di *rente foncière* fu promiscuamente adoperata in Francia per designare le rendite livellarie. Ciò consta da autorità tanto antiche quanto moderne. Fra le antiche noi scegliamo le celebri Decisioni del Parlamento di Parigi, redatte da Annéo Roberto, e particolarmente la Causa Morel e Migot, decisa il 13 Dicembre 1583. *Titius fundum Sempronianum Sejo ea lege cessit et tradidit, ut quotannis Sejus certam frumenti quantitatem ex eo praedio penderet. Praestationem illam seu pensionem annuam vocare possumus aut canonem emphyteuticum aut redditum annuum. Nos contractum ipsum appellamus* bail à rente foncière (1).

Fra le moderne, per tutte basterà la discussione del Consiglio di Stato del 15 Ventoso, anno XII., nel quale parlandosi unicamente dei livelli, perpetuamente si è adoperata la denominazione di *rente foncière.* « Avant de se décider sur l'admission ou le rejet du contrat du » *bail à rente foncière*, il faut se bien fixer sur sa nature et sur son » objet. Ce bail est un contrat, par lequel un propriétaire qu'a des » fonds incultes, ou qui ne peut facilement cultiver les cède à un autre, » à la charge par celuici de lui payer, en argent ou en denrées, une rente convenue pour tout le temps qui possédera le fond. Ce contrat était » connu des Romains, qui l'appelaient *emphyteusis*, c'est à dire *bail* » *pour améliorer* » (2).

Ciò che noi abbiamo osservato per la Francia, sia per la latitudine generale del senso della denominazione di *rente foncière*, sia per la sua applicazione alle enfiteusi, si verificò pure nella pratica comune d'Italia, come viene attestato da tutti gli scrittori che parlarono dell'una e dell'altra materia. Tutti quei contratti, ne' quali per causa di un immobile veniva prestata una rendita, benchè essi fossero fra loro diversi (tutti convenendo nel comune carattere di dare diritto e d'imporre l'obbligo di sì fatta prestazione), ricevevano per questo titolo la denominazione comune di CENSO, la quale perciò, presa nel suo senso generale, fu caratterizzata come di moltiplice significato, e comprensiva d'ogni rendita o radicata sopra un fondo, o prestata in vista del dominio e godimento del fondo medesimo.

Ista vox et iste terminus census *est equivocus*, *cum de pluribus censuum generibus intelligi possit* (3).

---

(1) Vedi Annei Roberti *Rerum judicat.* Lib. III. Cap. XIV. pag. 729.

(2) Merlin, *Répertoire*, v. *Rente foncière*, art. 5.

(3) Cenci, *De censibus*, Quaest. I. n.° 1. — Fridericus Martinus, *Tract. de jure cens.* Cap. I. et II. — Gaspar. Roderic., *De annuo redditu*, Lib. 1. Quaest. II. — Caballi-

Sumitur etiam latius census *jure canonico pro eo quod annuatim praestatur alicui .... Addit Ottalora sumi etiam* censum *generalissime pro quocumque onere alicui imposito* (1).

Una specie particolare di questo censo *reale*, distinto dal *consegnativo*, ossia dalla *rente constituée*, si è il CENSO RISERVATIVO, che venne definito: *contractus, quo quis fundum alteri pleno jure dat, reservata annua pensione ex eodem fundo percipienda* (2). Di questo abbiamo un esempio preciso nella legge ult. Cod. *De rerum permutatione.*

Quanto poi alla enfiteusi, non v'ha dubio che per il diritto e rispettivamente per l'obligo dell'annua prestazione del cánone essa non sia stata compresa sotto la denominazione generale di *censo*, come opportunamente fu notato da più scrittori e dai Tribunali. *Census reservativus capitur pro contractu libellario et emphyteuticario*, dice un classico autore (3). Lo stesso viene confermato dalla Rota romana nella sua Decisione del 20 Marzo 1623, riportata dal Cenci. *Adverterunt domini hoc nomen censuale tamquam equivocum posse convenire tam* EMPHYTEUSI, *quam* CENSUI (4).

Da tutto questo pertanto risulta, che alla denominazione generale di *censo* corrisponde quella del *contratto a rendita*; e a quella del *censo riservativo* corrisponde perfettamente la *rente foncière*, sotto la quale viene abbracciato tanto il *censo riservativo* propriamente detto, quanto l'*enfiteusi.*

A questa osservazione corrisponde perfettamente la seguente del sig. Merlin. « Il y a beaucoup de pays, où le mot *cens* désigne une rente » purement foncière, quelques uns où il est synonime de *rente con-* » *stituée*, d'autres où il correspond à *fermage* » (5).

Dal fin quì detto è manifesto che tutte le leggi emanate nell'Impero francese intorno alla *rente foncière* si possono per identità precisa di oggetto applicare in Italia al *censo riservativo* ed all'*enfiteusi*, tanto per la traslazione e mutazione della proprietà, quanto per ogni altro effetto comune.

---

nus, *Milleloquio* 171. — Carpanus *ad Statuta Mediol.* Cap. CCCCIII. n.° 13.

(1) Molina, *Tract. de contract.* Disput. CCCLXXXI. n.° 1.

(2) Richer. *Jurisprudentia univ.*, Tom. X. Tit. XXI. Lib. III. § 1516.

(3) Cenci, *De censibus*, Quaest. I. rubr. n.° 13. — Socin. senior, *Consil.* L. n.° 7. Lib. IV. — Honded. *Consil.* LXXI. n.° 8. Lib. II. — Roderic. *De annuo redditu*, Lib. I. Quaest. I. n.° 1.

(4) Roman. *Casalis Turris vergatae apud Cenci de censibus*, Decis. CCCCXXXI. pagina 212. Così in Mascardo alla parola *Census* si vede ripetuta la denominazione di *census emphyteuticus.*

(5) *Répertoire*, v. *Cens*, § 1.

E siccome « avant la loi sur les hypothèques la *rente foncière* était » regardée comme formant une partie du fonds sur lequel elle était » effectuée; depuis elle a été rangée dans la classe du meuble: elle ne » suit plus les biens, mais seulement la personne de créancier, et ne » confère plus que une créance ordinaire » [1]; e siccome la legge su le ipoteche fu tutta trasfusa nel Codice Napoleone e perfezionata dal medesimo, come già fu osservato dal sig. Merlin [2]: così, in forza dell'attivazione del Cod. Napoleone presso di noi, tanto i redditi censuarj, quanto i livellarj, sono stati, in forza del Codice medesimo, collocati nella categoría dei mobili; e l'azione non è più immobiliare e non segue più i beni, ma solamente la persona, e non costituisce più che un credito ordinario.

In ispecialità poi parlando dei *censi riservativi*, distinti dall'*enfiteusi*, non può in Italia sorgere mai controversia presso chi esista la proprietà del fondo, postochè *in censu reservativo nulla dominii species remanet penes eum, qui rem tradit; per emphyteusim vero transfertur utile dominium, atque directum remanet apud concedentem* [3].

Conchiudasi pertanto, che tutti i livelli, i fitti perpetui, e i censi riservativi anteriori, di qualunque natura, sono interamente regolati dall'art. 530. del Codice Napoleone, e dalle disposizioni dello stesso su'l régime ipotecario.

Parimente non si può mover dubio veruno per la totale applicazione del § 2. dell'art. 84. della legge 21 Maggio 1811 per la percezione dei diritti di registro, tutta pedisequa al Codice Napoleone.

---

(1) *Dictionnaire de Législation*, v. *Rentes*, § 4. art. 44.

(2) Vedi la Nota n.° I. seguente.

(3) Richeri *Jurisprudentia univ.* Lib. III. Tit. XXI. § 1517. — Cenci, *De censibus*, Quaest. I. n.° 16. et 20. — Menoch. *Consil.* CCXCI. n.° 5. et seq. — Leonard. Lessert, Roderic., Serafin, Molina, *De contract.* Disput. CCCLXXXI. n.° 2.

ANNOTAZIONI

Nota I.

Della natura mobiliare della rendita livellaria, e del privilegio ipotecario per la sicurezza del credito della medesima in forza del Codice Napoleone.

Quest'articolo essendo stato magistralmente trattato dal sig. Merlin, altro non faremo che riportare le di lui parole. Osserveremo soltanto, che lo stesso sviluppo ha luogo anche in Italia, perchè si fa uso delle disposizioni e dei rapporti del Codice Napoleone.

« La mobilizzazione delle rendite fondiarie, incominciata con la legge 11 Brumale, anno VII., è stata contemplata dal Codice Napoleone. »

« Dopo aver detto (art. 529.), che — sono mobili per determinazione della legge le rendite perpetue o vitalizie, sia sopra lo Stato, sia sopra particolari, prosegue (art. 530): — Qualunque rendita stabilita a perpetuità per il prezzo della rendita di un immobile, e come condizione della cessione a titolo oneroso o gratuito di un fondo immobiliare, è essenzialmente redimibile. È nullameno permesso al creditore di regolare le clausole e condizioni del riscatto. È parimente permesso al medesimo di stipulare che la rendita non potrà essergli rimborsata se non dopo un certo tempo, il quale non potrà mai eccedere trent'anni. Ogni stipulazione in contrario è nulla. — »

« Quest'articolo suppone evidentemente essere libero a qualunque persona, che aliena un fondo, di riservarsi su di esso una rendita perpetua redimibile, non solamente allorchè quest'alienazione si effettua in forza di un contratto di vendita, cioè a dire mediante un prezzo determinato in denaro, il quale forma il capitale della rendita; ma ancora per una cessione senza prezzo determinato in denaro, e sotto la condizione che a lui sarà pagata dall'acquirente una rendita sino al riscatto. »

« Ora cedere un immobile senz'alcuna determinata somma in denaro, e sotto la condizione che l'acquirente pagherà al venditore una rendita, egli è fare evidentemente ciò che nell'antica Giurisprudenza chiamavasi *una concessione a rendita* (*bail à rente*). »

« Ma ogni rendita stipulata per una concessione a rendita non è forse per ciò solo una rendita fondiaria? In conseguenza di ciò, come si può mai dubitare che la stipulazione delle rendite fondiarie non sia autorizzata dal Codice Napoleone? Ad onta di ciò, apriamo il Processo verbale della discussione del Consiglio di Stato su'l Codice Napoleone, nella Seduta del 15 Ventoso, anno XII. (epoca nella quale tutto il Codice era stato discusso senza che si avesse pensato d'inserirvi la disposizione che forma al di d'oggi l'art. 530.) . . . . . »

« Che mai risulta dall'esame di questo Processo verbale? Una cosa semplicissima: cioè che la concessione a rendita è mantenuta dal Codice Napoleone;

ma che la prestazione, ch'è il prodotto di questo contratto, non forma più, propriamente parlando, una *rendita fondiaria:* e ciò perchè questa prestazione non esiste più nell'immobile, del quale essa è prezzo; ch'essa non è più una parte dell'immobile medesimo; ch'essa non è che una rendita sopra il particolare, nella proprietà del quale quest'immobile è passato in forza della concessione a rendita; e che per conseguenza essa è compresa nell'art. 529., che dichiara mobili per determinazione della legge le rendite perpetue sopra i particolari.»

« Infatti non v'è mezzo: o essa è mobiliare secondo quest'articolo, o è immobiliare in conseguenza degli articoli che determinano quali beni debbano essere considerati come immobili. Ora nella nomenclatura, contenuta negli articoli 517. al 526., di tutte le specie dei beni ai quali si può applicare la denominazione d'*immobili* non havvi una sola parola che possa applicarsi alla rendita di cui trattasi. Non v'ha dunque che la qualità fittizia di mobile, che possa convenire a questa rendita. »

« Aggiungiamo, che per l'art. 530. la rendita creata *come condizione della cessione a titolo oneroso o gratuito di un fondo immobiliare* è interamente assimigliata alla rendita creata *per il prezzo della vendita di un immobile.* Ora questa è certamente dovuta dalla persona dell'acquirente, e conseguentemente mobiliare. In conseguenza di ciò, com'è possibile di non collocare egualmente l'altra rendita nella classe dei debiti personali, e per conseguenza dei mobili?»

« Ma per ciò che la rendita fondiaria è assimilata dal Codice Napoleone alla rendita creata per il prezzo della vendita di un immobile, ne risulta una conseguenza importantissima; ed è, che la rendita forma per colui, al quale la medesima appartiene, un credito così privilegiato, come lo è per il venditore il credito del prezzo del fondo ch'egli ha venduto » (1).

Nota II.

Secondo il Diritto comune anteriore d'Italia nella locazione perpetua esisteva un vero condominio reale nel locatore e nel conduttore su'l fondo affittato.

« Nessuno ha mai dubitato (ha detto taluno), che per la natura del contratto di locazione in genere non altro si trasferisca nel conduttore che l'uso ed il possesso naturale della cosa locata a fronte di una mercede annua, e che per quanto sia lunga od anche perpetua la locazione, giammai si operi *mutazione di proprietà.* Diversamente il contratto cangerebbe natura, e passerebbe in un altro.»

« Di fatto si trova bensì che la locazione perpetua *sapit speciem alienationis;* si trova che *si approssima all'enfiteusi:* ma non si trova che sia nè alienazione, nè vera enfiteusi, come si distingue altresì a tratti assai caratteristici dal *censo,* e dal così detto *bail à rente foncière.* La proprietà fondiaria ed il possesso civile restano sempre nel locatore. »

Più cose debbonsi osservare in questo discorso.

---

(1) Merlin, *Répertoire,* v. *Rente foncière,* Tom. XI. pag. 108 a 113.

1.° Si afferma che niuno ha mai dubitato dell'*identità* legale fra la locazione perpetua e la temporaria. Ed io vi dico che dai Romani in quà niuno ha mai dubitato della essenziale *diversità* fra la locazione temporaria e la perpetua: dimodochè nella temporaria non fu mai attribuita al conduttore veruna *padronanza* su la cosa medesima; ed all'opposto nella perpetua fu a lui attribuita, se non l'intiera proprietà, almeno *parte* della padronanza, ed un vero *jus in re*, dal quale nasce in lui l'azione *in rem* per rivendicare a guisa di padrone il fondo dalle mani di chi che sia, e fin anche contro lo stesso locatore: lo che non fu mai attribuito al conduttore temporaneo.

Per evitare qualunque confusione conviene distinguere tre proposizioni. Altro è il dire che l'affittuario a perpetuità fosse pieno proprietario; altro è il dire che avesse un *condominio*, come nell'*enfiteusi* e nella *rente foncière;* ed altro finalmente è il dire che non avesse veruna ragione di condominio al pari del conduttore temporario. La prima e l'ultima proposizione non furono ammesse giammai dalla pratica italiana; la seconda, per lo contrario, ebbe principio fino dai Romani, e fu continuatamente sostenuta sotto l'impero delle leggi precedenti.

Eccone le prove. Nella legge 1. ff. *Si ager vectigalis* si contempla l'affitto perpetuo di un fondo conceduto ad un privato da un Municipio. La qualità del locatore non è per nulla influente a cambiare il diritto, sì perchè il contratto è puramente civile, e sì perchè la persona stessa del Municipio si considera *ad instar* del privato. Che cosa dispone questa legge? *Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a Municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes.* E a fine di togliere ogni dubio che la stessa azione competa anche quando il locatore sia privato, soggiunge opportunamente il Modio dopo il Gottofredo: *quod si quis a privato quid conduxerit, sed non ad modicum tempus, eadem actione experietur causa cognita.*

Se l'affittuario perpetuo ha un vero *jus in re,* e quindi l'azione *in rem,* che altro non è che lo stesso diritto esercibile in via giudiziaria, è fuori di dubio aver esso, se non la esclusiva proprietà, almeno un vero condominio, poichè DOMINIUM *latiore quodam sensu omne jus in re videtur complecti* (1); a differenza del semplice conduttore temporario, a cui niuna legge attribuì questo speciale diritto, fino al punto ch'egli sotto le antiche leggi doveva abbandonare il fondo quando veniva alienato dal locatore durante il tempo della locazione stessa, riservata soltanto a lui l'*azione personale* dei danni; dovechè nell'affitto perpetuo il locatore, lungi dal poter alienare il fondo, era all'opposto soggetto alla rivendicazione, se in qualunque modo avesse spossessato il conduttore.

Ex iis constat ex locatione (temporaria) non transferri dominium, licet res aestimata conductori data fuerit, NISI PERPETUA LOCATIO SIT, *ex qua jus dominio proximum transferri vulgo tradunt Pragmatici,* dice opportunamente il Richeri (2).

---

(1) Voet *ad Pand.*, Lib. VI. Tit. I. § 1. — (2) *Jurisprudentia universalis,* Lib. III. Tit. XIX. Cap. III. § 1331. Tom. X.

Posto ciò, chi non vede la differenza di diritto fra l'uno e l'altro? chi non ravvisa un vero condominio nell'affittuario perpetuo, e un semplice uso nel temporario? chi non vede nel locatore a tempo l'assoluto e libero padrone, che anche per vendita dispone della proprietà; e per lo contrario nell'affitto perpetuo chi no 'l ravvisa spogliato di questo diritto per ritenere soltanto su 'l fondo la ragione ad esigere la pensione? chi non vede all'opposto l'affittuario rivestito di quasi tutta la padronanza?

Chiunque non ignora cosa in sè stesso sia il dominio delle cose, sa che, sebene venga annunziato con un solo nome, esso è un diritto complessivo (come già avvertì il Cumberland) di mille diritti, e che per conseguenza è praticamente divisibile in milliaja di diritti relativi all'uso dei beni. Esso per conseguenza somministra nel commercio un aggregato di azioni esercibili su le cose godevoli, suscettibili d' infiniti contratti e di parziali condizioni.

2.° Si cita la qualificazione data dai Prammatici alla locazione perpetua, cioè che *sapit speciem alienationis,* e ch' *è prossima all'enfiteusi.* Si domanda se questa qualificazione sia stata data per provare l'identità con la locazione temporaria, o non più tosto per segnare una somma *differenza* fra l'una e l'altra. Incominciando dalla simiglianza con l'alienazione, noi troviamo ch' essa fu allegata per caratterizzare (come fece il Richeri nel luogo citato) il contratto di locazione perpetua, come traslativo di un diritto prossimo alla proprietà, *ex qua jus dominio proximum transferri vulgo tradunt Pragmatici;* a differenza della locazione temporaria, nella quale *constat non transferri dominium.*

Quanto poi alla simiglianza con l'enfiteusi, essa non si affermava perchè giudicavasi sopratutto con la locazione perpetua trasferirsi nell'affittuario il dominio utile, come nel livellario. Un punto di coincidenza tra l'enfiteusi e la locazione perpetua consiste appunto nel trasferire l' UTILE DOMINIO nel conduttore. *Conveniunt autem in multis emphyteusis et locatio in longum tempus.... 1.° quia in utroque contractu* TRANSFERTUR UTILE DOMINIUM, *ut supra diximus* (1).

Ciò stante, ognuno manifestamente vede che con l'usare delle qualificazioni di *sapit speciem alienationis,* e di *approssimazione all'enfiteusi* dei Prammatici, onde sottrarre la perpetua locazione dal vincolo del condominio proprio dell'enfiteusi, ed escludere dall'affitto perpetuo ogni carattere di alienazione, si produce invece l'effetto opposto; e, con una logica del tutto nuova, per provare l'identità s' impiega l'argomento che ne prova la diversità, e precisamente l'argomento che prova il dominio reale che si voleva escluso.

---

(1) Fulgineus, *De jure emphyt. praelud.* Quaest. V. n.° 16. 17. Veggansi inoltre Tiraquel, *Du retrait lignagere,* § 1. gloss. 14. n.° 179. e seg. — Mantica, *De tacitis et ambiguis,* Lib. XXII. Tit. II. n.° 4. — Serafin., *Decis.* 272. n.° 8, il quale allega questa opinione come *comune* a tutti gli autori, commentando la legge 1. Cod. *De jure emphyteutico.* — Valasco, *De jure emphyteutico,* Quaest. XXIX. in principio; e fra i più antici veggansi: Giovanni De Imola *in capite nulli* 3., *et in capite audientiam.* 1.° *Extravagant. de rebus Ecclesiae non alienandis.* — Giovanni Fabro in lege 1. Cod. *De jure emphyteutico.* — Jason. in leg. naturali ff. *De acquir. possess.,* e tutti gli autori riferiti dal Serafino nella Decis. 286. n.° 2.

Per lo che, in forza del Diritto comune d'Italia, si giunge alla stessa conseguenza dei Legislatori francesi, accennata dal sig. Merlin; cioè che quanto al dominio *le bail à locataire perpetuel ne diffère en rien du bail à rente foncière* (1); poichè tale contratto a rendita perpetua induceva appunto questo condominio, come risulta dalle seguenti parole della Corte di Cassazione sopra riportate (2): « Fino a tanto che la rendita fondiaria esiste su 'l fondo, la proprietà di questo » fondo è divisa *tra il concedente che conserva la proprietà diretta, ed il con-* » *cessionario che non riceve che la proprietà utile.* » Con questa osservazione restano confutate le altre parti del passo sovra recato, in cui fu detto che, relativamente al dominio, la locazione perpetua differisca dal così detto *bail à rente foncière.* D'onde segue, che la conseguenza che ne fu tratta, cioè che *la proprietà fondiaria ed il possesso civile restino sempre nel locatore*, è precisamente opposta alle premesse; talchè il passo sovra recato, e che noi confutiamo, è un formale impasto di contradizioni.

Nota III.

Della prevalenza delle nuove leggi su le anteriori, benchè non esista una déroga espressa.

Non solamente una legge anteriore viene resa senza effetto o totale o parziale per una espressa abrogazione o déroga fatta dalla legge posteriore, come ognun sa, ma eziandío per un'azione tacita della legge posteriore, sia per incompatibilità di disposizioni o di effetti, sia per la cessazione dell'ordine di cose, dal quale eminentemente fu dettata la legge medesima, e del quale essa ravvisar si doveva come naturale conseguenza. « Une loi cesse d'être obligatoire non seule- » ment lorsque le Législateur l'a abrogée par une disposition expresse; non seu- » lement lorsqu'elle est suivie d'une autre qui lui est contraire: mais encore » lorsque l'ordre des choses, pour lequel elle avait été faite, n'existe plus, et que » par là cessent les motifs qui l'avaient dictée » (3).

Le Leggi e le Decisioni confermano le singole proposizioni racchiuse in questo passo.

Primieramente quanto all'incompatibilità leggiamo nel Diritto romano quanto segue. *Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur. Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint: idque multis argumentis probatur in ff. de legibus.*

Quum posteriores leges prorsus contrariae sunt prioribus, per eas abrogantur priores. Secus quum magis quid diversum quam contrarium praecipiunt: hoc enim casu per eas non abrogantur priores, sed potius ad eas trahuntur, id est cum eis commiscentur (4).

---

(1) *Questions de Droit*, v. *Moulin.*

(2) Vedi sopra, dopo il § 1000, Nota I. Decisione.

(3) Merlin, *Répertoire*, v. *Rente foncière*, pag. 93-94. — (4) Pothier *ad Pand. Justin.* Lib. I. Tit. III. art. 4. n.° 13.

« Il suffit pour établir un Droit nouveau, qu'une loi contienne une disposition contraire à celle renfermée dans une loi antérieure, encore que la loi dernière en date ne fasse pas une mention expresse de celle qui l'a précédé (1). »

« Ces lois dont il s'agit, et *toute autre loi* dont le texte serait inconciliable avec celui de la Constitution, ont été abrogées par le *fait seul* de la promulgation de cette Constitution; et qu'il est inutile de s'adresser au Législateur pour lui demander cette abrogation. »

« En effet, c'est un principe éternel, qu'une loi nouvelle fait cesser toute loi précédente, ou toute disposition de loi précédente contraire à son texte: principe applicable à plus forte raison à la Constitution, qui est la loi fondamentale de l'Etat » (2).

Questo stesso principio è avvalorato da parecchie Decisioni già accennate (3).

Quanto poi alla cessazione delle leggi stesse non per l'oggetto particolare su cui statuiscono, ma in forza dei rapporti generali dell'ordine novamente introdotto, e che fa cessare l'ordine anteriore, in appoggio dell'allegata autorità del sig. Merlin viene il principio sempre usitato, che *cessante causa cessat effectus.* Questo principio ha sempre luogo in qualunque passaggio da una Legislazione all'altra; dimodochè serve di criterio per determinare se nel silenzio di una nuova legge sopra di un atto che prima si praticava, si possa o no rinovarlo sotto l'impero della legge nuova. Imperocchè dall'osservare che la nuova legge tolse di mezzo il *titolo fondamentale* dell'atto ne viene di conseguenza, ch'esso non si può più rinovare validamente, ne può essere produttivo di diritto.

La possanza del principio della cessazione della causa è tale, che non solo toglie il diritto di celebrare sotto l'impero della legge riformatrice l'atto antico, ma eziandío *interrompe* la continuazione di tutti quegli atti che procedevano dal titolo anteriore operativo sotto la nuova legge (4). Se il titolo anteriore era fondato su 'l fatto solo della legge, l'interruzione è *totale;* se poi era fondato su 'l fatto dell'uomo e della legge (come in tutti i contratti *a perpetuità*), la legge, senza detrar nulla all'interesse legalmente stabilito e al diritto quesito privato, opera su 'l *modo di esecuzione* del contratto per gli effetti rinascenti sotto il di lei impero in forza del principio, che « il est toujours dans la puissance » du Législateur de régler pour l'avenir le mode d'exécution des contrats, et de » substituer le mode qui convient au système général qu'il établit, à des modes » particuliers qui ne seraient pas en harmonie avec le système général » (5).

---

(1) Parere del Consiglio di Stato, 11 Giugno 1806, approvato da Sua Maestà. — *Bulletin des lois*, n.° 104 del 1806, pag. 181, Tom. XXIX.

(2) Parere del Consiglio di Stato, 14 Nevoso, anno VIII., approvato da Sua Maestà.

(3) *Giorn. di Giurisp.* Tom. V. pag. 1 (*a*).

(4) Vedi un esempio nella Decisione tra Sozzi e il Demanio, riportata nel *Giornale di Giurisprudenza,* Tom. III. pag. 215 (*b*).

(5) Sirey, Tom. VII. pag. 287-288.

(*a*) Citazione sbagliata. Ma già non occorrono autorità per confermare un principio così evidente. (DG)

(*b*) Questa Decisione è riportata, in uno ai fatti che vi diedero occasione, nella *Condotta delle aque,* Vol. V. pag. 32 a 34 di questa edizione. (DG)

Sotto il Codice Napoleone le rendite fondiarie non costituiscono un diritto di *proprietà* o di *comproprietà*. Esse costituiscono dei semplici crediti ipotecarj soggetti all' inscrizione, e suscettibili d'essere liberati mediante trascrizione.

Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* del 1814, Vol. IX. pag. 54 a 136.

(Varrè contro il Generale d'Aurange d'Augeranville.)

FATTO

§ 1016. Con Atto del 14 Aprile 1485 diversi particolari presero in affitto a tempo indeterminato (*bail à rente*), e con diritto di prelevazione dei frutti della terra (*champart*), 30,000 pertiche di terra componenti il feudo di Edroles, ed altre 20,000 pertiche componenti il feudo di Lys da Guglielmo di Mont-Morency signore di Précy, con giurisdizione ed amministrazione di giustizia. Questi fondi costituivano una dipendenza della sua signoría.

Guglielmo di Mont-Morency stipulò a proprio vantaggio la riserva di tutti i diritti di giurisdizione, di libero passaggio, di caccia, di feudalità su i fondi ceduti in affitto.

Il prezzo corrispondente fu una rendita fondiaria d' una mina di frumento per ciascuna pertica del feudo di Edroles, ed un contributo in ragione di sedici covoni al cento di tutto il grano che si fosse raccolto su 'l perticato appartenente al feudo di Lys.

Questa concessione venne stipulata a perpetuità e senza reversione (*à toujours et sans rappel*), salvo sempre il diritto di confisca e di reversibilità, in caso di non effettuato pagamento del cánone.

I concessionarj furono pronti al pagamento; essi nondimeno furono qualche volta poco solleciti nella consegna dei grani che dovevano fornire al concedente: il che diede luogo a qualche procedura; ma essi furono costantemente ritenuti nel loro possesso, co'l carico però di scontare gli arretrati scaduti e quelli che andavano a scadere.

Le 50,000 pertiche di terra, delle quali si tratta, erano possedute dai concessionarj sotto il titolo convenuto nel contratto di concessione allorchè furono publicate le leggi che abolirono il sistema feudale.

I detentori dei menzionati fondi da quell'epoca in poi cessarono di pagare l'ordinario loro contributo; e contro loro non fu promossa istanza sino all'anno 1806, in cui il Generale d'Augeranville (il quale aveva acquistato il territorio di Précy) convenne in giudizio il Varrè, uno dei due concessionarj, ad oggetto di ottenere che il medesimo venisse obligato con Sentenza a rinovare in testa di esso attore il titolo del contratto in questione, e quindi a pagargliene gli arretrati scaduti.

Il convenuto Varrè concluse per l'assoluzione dall'avversaria domanda pe' i tre seguenti motivi: 1.° che la rendita era feudale, e quindi abolita senza indennità; 2.° ch'esso aveva ottenuto lettere di ratifica senza carico di opposizione in ordine a' suoi contratti d'acquisto, e che esso li avea fatti trascrivere prima che l'attore avesse presa alcuna iscrizione presso l'Officio delle Ipoteche; 3.° che in tutti i casi avrebbe sempre acquistato, mediante prescrizione, l'affrancazione della vendita rapporto ad alcuni dei fondi da esso posseduti.

Il Tribunale di Senlis, avanti il quale verteva la Causa, si attenne al primo degli addotti motivi: esso dichiarò inattendibile la domanda proposta dall'attore d'Augeranville; ritenuto che la reclamata rendita era feudale, e che come tale era stata abolita senza indennità, in forza delle leggi del 1792 e 1793 (1).

Il Generale d'Augeranville essendosi appellato da questa Sentenza, la Corte d'Appello di Amiens decise che l'Atto del 14 Aprile 1485 non avea trasferita la proprietà delle 50,000 pertiche di terra, di cui si tratta, in testa degli affittuarj; ch'essi e i loro aventi causa non avevano goduto questi fondi che con la veste di affittuarj a titolo precario: quindi conchiuse, che il cánone d'una mina di frumento per ogni pertica, e la prelevazione di sedici covoni per ogni cento, stipulati nell'Atto del 14 Aprile 1485, non erano che un prezzo d'affitto, e che le leggi sopprimenti il sistema feudale erano inapplicabili ad un cánone di questa natura.

Per tali considerazioni la Corte d'Appello sedente in Amiens condannò il convenuto Varrè a prendere una nuova investitura della ren-

---

(1) Vedi *Giornale di Giurisprudenza Universale*, Tomo VIII. pag. 183 a 209 (*).

(*) Il brano qui citato fu dall'Autore inchiuso nella sua Opera *su la condotta delle aque*, e si legge nel Vol. V. pag. 90 a 104 di questa edizione. (DG)

dita fondiaria e della prelevazione in dísputa, ed al pagamento degli arretrati scaduti e da scadere di detti cánoni.

Per gli stessi motivi la Corte suddetta rigettò le allegazioni del Varrè, desunte dalle lettere di ratifica ch'egli aveva ottenuto dalla trascrizione de' suoi contratti d'acquisto e dalla prescrizione.

Il Varrè ricorse in Cassazione contro la Decisione d'Appello, riproducendo come titoli di cassazione tutti i punti di ragione ch'egli aveva fatto rilevare nella Causa in merito ed in appello.

Il Generale d'Augeranville insistette principalmente nella sua risposta, per la ragione che la Corte d'Appello non aveva fatto che una semplice valutazione di Atti, su i quali la Cassazione non era competente a conoscere: ciò non ostante si sforzò di confutare tutti i motivi di cassazione che il ricorrente avea proposti.

Trovandosi la Causa in questo stato, la Corte di Cassazione fissò la sua deliberazione su le seguenti questioni; cioè: 1.° se fosse di sua competenza l'applicarsi ad una nuova considerazione di fatto dell' Atto 14 Aprile 1485; — 2.° se le rendite stipulate in quell'Atto fossero state abolite in forza delle leggi del 1792 e 1793; — 3.° se in ogni caso il convenuto Varrè non sarebbe stato assoluto dalla prestazione delle dette rendite mediante transazione de' suoi contratti di acquisto, mentre d'Augeranville non avesse preso iscrizione ipotecaria su i fondi acquistati da Varrè, e mediante eziandío la prescrizione.

In quanto alla prima questione, la Corte di Cassazione osservò che la Corte Imperiale di Amiens, con l'alterare il carattere inerente agli Atti di cui si tratta, ha manifestamente violate le leggi espresse, che condannano l'interpretazione da lei fatta di questi Atti.

In quanto alla seconda questione, osservò che le rendite stipulate con l'Atto 14 Aprile 1485 essendo le sole che fossero stabilite a carico dei fondi ceduti in affitto, ed essendo state stipulate per essere pagate in perpetuo ai successivi feudatarj, alti giustizieri del territorio, ed in un paese escludente l'allodialità; le dette rendite vestivano i veri caratteri di un censo feudale, e non già quelli di un semplice affitto.

Che le dette rendite erano mescolate da segni di feudalità, attesochè eravi intervenuta stipulazione, nell'Atto di concessione, d'una prelevazione signorile, e il concedente erasi riservato ogni diritto di giustizia, di passaggio, di caccia e di signoría.

In quanto alla terza questione, avrebbe sempre prodotto l'effetto di esimere l'acquirente da tutti i pesi annessi ai fondi acquistati, e lo stesso effetto gliene derivava dal diritto di prescrizione.

La Corte di Cassazione adottò in conseguenza i tre motivi di Cassazione proposti dal ricorrente Varrè, e pronunciò la Decisione del tenore seguente:

DECISIONE (1).

. . . .

. . . .

In relazione al secondo punto di ragione, visto il disposto degli articoli 6. 7. 26. 28. e 47. della legge 11 Brumale, anno VII. (2); degli articoli 529. 530. 2118. 2166. 2167. 2182. del Codice Napoleone, e l'art. 834. del Codice di procedura civile.

Attesochè tutte le rendite fondiarie, dichiarate redimibili in vigore della legge 18 Dicembre 1790, furono rese mobili in forza dell'art. 7. della detta legge 11 Brumale, anno VII., e degli articoli 529. e 530. del Codice Napoleone; che in conseguenza i creditori di queste rendite non poterono conservarne le ipoteche contro i terzi acquirenti, che prendendo iscrizione su gl' immobili che ne sono aggravati anteriormente alla trascrizione dei contratti traslativi della proprietà di tali immobili, o per lo meno se la trascrizione è seguíta entro quindici giorni successivi all'epoca dell'attivazione del Codice di procedura civile; che ciò è così spiegato, come conseguenza degli articoli su citati, dall' articolo 107. del Decreto Imperiale del 9 Dicembre 1811, relativo ai Dipartimenti Anseatici; e dall'art. 5. del Decreto Imperiale 5 Marzo (3) 1813, relativo ai Dipartimenti di Roma e del Trasimeno.

Attesochè l'attore in Cassazione ha fatto trascrivere i suoi contratti d'acquisto in data del 20 Pratile, anno II., e dell' 11 Piovoso, anno VII., tanto sotto l'impero della legge dell' 11 Brumale, anno VII., che sotto quello del Codice Napoleone anteriormente al Codice di procedura civile, e prima che il convenuto avesse formata la sua iscrizione per la conservazione de' suoi diritti; dal che segue, che l'attore avrebbe acquistata la liberazione della rendita di cui trattasi mediante la trascrizione de' suoi contratti presso l'Officio delle Ipoteche, quand' anche la detta rendita non fosse stata abolita come feudale: che lo stesso dovrebbe dirsi anche nel caso che l'Atto del 14 Aprile 1485 non fosse stato co-

---

(1) Qui si omette la prima parte della Decisione, perchè è tutta relativa alla Giurisprudenza abolitiva dei feudi, che non ha luogo presso di noi.

(2) Questa legge è tutta relativa alle ipoteche, ed il contenuto della medesima fu trasfuso nel Codice Napoleone.

(3) Nel § 1032. si ha invece la data del giorno 1.° Marzo. (DG)

stitutivo che d'un semplice usufrutto perpetuo, attesochè la rendita stipulata in ragione del detto usufrutto non ne avrebbe aggravato di meno i fondi acquistati, e la iscrizione è richiesta per la conservazione stessa dei semplici arretrati.

In relazione al terzo motivo di Cassazione, visto l'art. 193. delle Consuetudini di Senlis, e l'art. 2281. del Codice Napoleone; e attesochè l'attore sostenne di aver goduto pacificamente, con giusto titolo, in buona fede, e per un tempo sufficiente a stabilire la prescrizione, alcuni dei fondi pretesi aggravati della rendita di cui trattasi, senza pagarne gli arretrati; che la Corte d'Appello di Amiens, senza pronunciare su 'l merito di questa eccezione, la dichiarò inammissibile, sotto il pretesto che l'attore non ne aveva goduto che a titolo d'usufrutto perpetuo; e che per ciò essa ha violato contemporaneamente l'art. 193. delle Consuetudini di Senlis, e l'art. 2281. del Codice Napoleone.

Dal che segue, esservi aperta violazione: 1.° delle leggi che attribuiscono agli affitti a tempo indeterminato, ed anche alle concessioni a locazione perpetua, l'effetto di trasmettere la proprietà; 2.° delle leggi relative alla cosa giudicata dalle leggi sopprimenti la feudalità; 3.° delle leggi su 'l régime ipotecario; 4.° di quelle su la prescrizione.

Per questi motivi la Corte cassa ed annulla la Decisione pronunciata dalla Corte d'Appello di Amiens il 12 Genajo 1811, ec.

Del 29 Giugno 1813. — Corte di Cassazione. — Sezione civile. Relatore M. Charnot. — Conclusione del sig. Conte Merlin, Procuratore generale imperiale (1).

DELLA REDIMIBILITÀ E MOBILIZZAZIONE DELLE RENDITE PERPETUE PORTANTI CONDOMINIO.

I. Stato della questione.

§ 1017. Dopo la Decisione sovra recata io credo di dover ritornare ancora su la questione delle rendite livellarie perpetue, tanto dibattute fra noi, e ricercare di nuovo *se in forza del Codice Napoleone tali rendite siano state rese redimibili e mobiliari, o no.*

Prima di tutto si domanda a che veramente si restringa lo *stato della questione*. Forsechè si tratta di privare il livellante di tutta o parte della sua rendita ordinaria, ossia meglio dei cánoni, fitti o prestazioni?

(1) Sirey, Tom, XIII. Parte I. pag. 382 a 385.

Non mai; ma bensì si continuano in di lui favore fino al minimo centesimo. — Forsechè si tratta di privarlo degli emolumenti dovuti in caso di mutazione o per morte o per contratto, come p. e. dei laudemj, delle ricognizioni? Nè meno. — Forsechè si tratta di cangiare l'effetto delle clausole risolutorie, o di caducità, o di reversibilità, o di qualunque altra clausola del primitivo contratto fra lui e il livellario? Nè meno. — Finalmente si tratta forse di privarlo o di diminuire per lui la *cauzione* su 'l fondo, per la quale si assicura la percezione delle rendite e l'esercizio de' suoi utili diritti? Nè meno. — La legge mantiene tutti questi diritti e tutte queste sicurezze di modo, che tutto il contratto, per quello che riguarda l'interesse privato e le clausole che derivavano dal diritto di proprietà, viene mantenuto in tutta la sua integrità.

§ 1018. A che dunque si riduce l'effetto della nuova legge e l'oggetto preciso della questione? Esso si riduce unicamente ad un *modo di esecuzione*, e precisamente a ricercare se sotto l'impero del nuovo Codice, e posteriormente all'attivazione del medesimo, possa continuare l'*irredimibilità* antecedente delle rendite suddette. L'irredimibilità pertanto forma l'unico oggetto della questione; e lo forma non in relazione del passato, ma in relazione del futuro, e sotto il régime del Codice Napoleone. Si avverta bene a questa doppia circostanza; vale a dire alla durata del vincolo immobiliare irredimibile alla *perpetuità* dopo l'attivazione del Codice Napoleone, e contemporaneamente a tutto il régime del medesimo.

§ 1019. Presentata così la questione, prima di tutto si osserva non racchiudere propriamente verun oggetto di diritto ed interesse privato, nè in questo privato diritto potersi trovare verun principio, co 'l quale ostare all'autorità della legge, onde non regolare a suo beneplacito i vincoli perpetui delle contrattazioni; mentre ognuno sa che la perpetuità nelle azioni civili, com' è di sola spettanza della legge lo stabilirla, è pure di sola di lei spettanza il modificarla secondo le urgenze della cosa publica (1).

II. Disposizioni positive del Codice Napoleone.

§ 1020. Premesse queste avvertenze, vediamo se si debba abbracciare l'uno o l'altro partito.

(1) Vedi la Dichiarazione della Corte di Cassazione dell'Impero nella Causa Molinelli (sopra, § 987).

1.° È cosa indubitata che con l'art. 530. del Codice Napoleone non si possono sotto il di lui impero creare rendite *irredimibili* ed *immobiliari;* e che all'opposto tutte le rendite relative ai beni immobili, esistenti sotto il di lui régime, sono dichiarate *essenzialmente redimibili.* È pure indubitato che nel sistema attuale ipotecario non si conoscono che rendite mobiliari, e che anzi co 'l Codice Napoleone fu compiuta la mobilizzazione delle rendite incominciate prima con la legge dell'anno VII. su le ipoteche. *La mobilisation des rentes foncières, ainsi commencée par la loi du 11 Brumaire, an. VII., a été complétée par le Code Napoleon,* dice il sig. Merlin (1).

2.° È parimente indubitato che il Codice Napoleone sotto la classe dei beni immobiliari non riconosce sì fatte rendite, com'è palese ad ognuno, e come opportunamente avvertì il sig. Merlin nel luogo citato. « En effet point de milieu: ou elle est *mobilière* d'après cet article, ou » est *immobilière* d'après ceux qui déterminent quels biens doivent être » considérés comme *immeubles.* Or dans la nomenclature que renfer» ment les articles 517. et 526., de toutes les espèces de biens auxquels » peut s'appliquer la dénomination d'*immeubles*, il n'y a pas un mot » qui puisse s'appliquer à la rente dont il s'agit. Il n'y a donc que la » qualité fictive de meuble, qui puisse convenir à cette rente. » Queste conclusioni sono oggidì canonizzate dalla Decisione sovra riportata, come si è veduto: il testo è espresso.

III. La redimibilità e la mobilizzazione si applicano così alle rendite anteriori, come alle posteriori.

§ 1021. Da questi dati che cosa risulta? Risulta chiaramente, che sotto l'impero del Codice Napoleone non esistono più rendite irredimibili; ed anzi tutto il sistema del medesimo si oppone a questa supposizione. Tutta la questione pertanto in ultima analisi si riduce a vedere = se queste disposizioni operino su le rendite irredimibili *passate*, come su quelle che si volessero stabilire *in futuro.* = Quando tale questione sia sciolta definitivamente, non può occorrere più veruna difficoltà.

Se voi domandate un'autorità di Decisione, voi l'avete in quella che fu ora recata, in cui appunto furono applicati gli articoli del Codice ad una rendita anteriore.

---

(1) Merlin, *Répertoire*, v. *Rente foncière*, art. 4. in fine.

Se poi domandate un'autorità di Legislazione, voi l'avete nei Processi verbali fatti per istabilire l'art. 130. del Codice Napoleone, come si proverà più sotto.

IV. Dell'identità delle rendite fondiarie francesi, quanto al soggetto in questione, co' i livelli perpetui italiani.

§ 1022. Quì insorgono gli oppositori dicendo, che il Codice Napoleone *non parla di livelli*, e che quindi trattandosi di una materia non contemplata dal medesimo, debbano aver luogo gli antichi principj della irredimibilità, e quindi della natura immobiliare delle rendite livellarie e di qualunque altra rendita fondiaria, tale essendo la forza dell'art. 3. del Decreto 16 Genajo 1806, posto in fronte del Codice Napoleone, co 'l quale viene dichiarato « che le leggi o gli statuti anteriori cesseranno d'aver forza di legge generale o particolare nelle *materie* che formano oggetto delle disposizioni contenute nel Codice Napoleone. »

A questo argomento, che forma l'Achille avversario, si risponde primieramente, che l'asserzione non regge nè in fatto, nè in diritto. Non in fatto, perchè è falso che il Codice Napoleone non abbia parlato dei livelli. Non in diritto, perchè dato per falsa ipotesi e non concesso che il Codice Napoleone non avesse parlato di livelli, e che questa fosse una specie di rendita totalmente inopinata da lui; non ne viene tuttavia la conseguenza voluta dagli oppositori, ma ne risulta precisamente la conseguenza contraria: cioè che in forza della publicazione del Codice Napoleone, e per il tratto futuro posteriore al medesimo, l'azione di esigere i cánoni livellarj perdette la sua primitiva natura immobiliare e irredimibile, ed acquistò il carattere di mobiliare e di redimibile.

§ 1023. Ripigliamo l'una e l'altra proposizione. Il Codice Napoleone (dicesi) non parla di livelli. Distinguo: non ne parla co 'l nome speciale di *enfiteusi;* concedo: non ne parla con locuzione generica, e che *per antonomasia* connotava i livelli perpetui; nego. L'argomento avversario riducesi al seguente: un tale ha detto che gli animali hanno la facoltà di moversi e di riprodursi; ma non ha detto che il bue, la pecora ed il cavallo abbiano queste facoltà: dunque il bue, il cavallo e la pecora non sono compresi nella proposizione che *il tale* ha detto. La parità è perfetta. È vero o no che l'art. 530. del Codice Napoleone dispone che « qualunque rendita perpetua stabilita in correspettivo del prezzo di uno stabile, o come condizione della cessione di beni immobili fatta a titolo oneroso o gratuito, è essenzialmente redimibile? » In ciò non v'ha dubio, perchè questo è il testo identico del citato art. 530.

Il cánone del livello perpetuo è esso una rendita perpetua di un bene immobiliare, o no? Questa rendita è o no condizione della cessione dell'immobile medesimo? Nè meno quì v'è dubio. Dunque troviamo nell'art. 530. del Codice Napoleone i due caratteri della rendita livellaria, su i quali statuisce la legge; dunque non si può concludere che il Codice Napoleone, almeno in genere, non abbia parlato delle rendite livellarie.

§ 1024. Ho detto poi che il Codice Napoleone con la sua locuzione generica ha *per antonomasia* parlato dei livelli perpetui: e ciò tanto per l'uso adottato da lungo tempo in Francia di applicare la denominazione di *rente foncière*, se non esclusivamente, almeno eminentemente, ai livelli perpetui; quanto pe 'l preciso significato reale che precipuamente si ebbe in mira nella formazione dell'articolo 530. del Codice Napoleone.

Per uso generale, come consta dalla testimonianza di Annéo Roberto, *Titius fundum Sempronianum Sejo ea lege cessit et tradidit, ut quotannis Sejus certam frumenti quantitatem ex eo praedio penderet. Praestationem illam seu pensionem annuam vocare possumus aut* CANONEM EMPHYTEUTICUM, *aut* REDDITUM ANNUUM. *Nos contractum ipsum appellamus* BAIL À RENTE FONCIÈRE (1).

Ho detto poi, che per preciso significato eminente e principale l'articolo 530. ha in contemplazione i livelli perpetui, come cosa che si ebbe precipuamente in mira nella formazione dello stesso art. 530. Ciò consta da tutto il contesto della Discussione del Consiglio di Stato del 15 Ventoso, anno XII., in forza e in conseguenza della quale l'art. 530. fu aggiunto al Codice Napoleone. Il discorso cade propriamente su questi livelli; talchè, a scanso d'ogni equívoco, si fissò il significato delle *rentes foncières*, delle quali si disputava, riferendole ai livelli. « Le » citoyen Maleville dit, qu'avant de se décider su l'admission ou le rejet » du contrat du *bail à rente foncière*, il faut se bien fixer sur sa nature » et sur son objet. Ce bail est un contrat, par lequel un propriétaire » qu'a des fonds incultes, ou qui ne peut facilement cultiver, les cède » à un autre, à la charge par celui-ci de lui payer, en argent ou en den» rées, une rente convenue pour tout le temps qu'il possédra les fonds. » Ce contrat était connu des Romains, qui l'appellaient *emphyteusis*, » c'est à dire *bail pour améliorer* » (2).

---

(1) Annei Roberti *Rerum Judic.* Lib. III. pag. 729. — (2) Merlin, *Repertoire*, v. *Rente foncière*, art. 5.

Oltre a ciò, è vero o no che la prestazione delle rendite livellarie perpetue, anteriori al Codice, fu mantenuta in Francia in forza del contratto sino all'affrancazione? Nè meno di ciò si può dubitare; e se taluno si avvisasse di contradire, si potrebbe opporgli il Parere del Consiglio di Stato del 7 Marzo 1808, nel quale tali rendite si considerano mantenute, quando non abbiano il vizio o il titolo di feudalità (1).

Quì non c'è mezzo. Il fatto del mantenimento di tali rendite livellarie nell'Impero francese è indubitato. È pure indubitato il tenore del detto art. 530. Come sfuggire la conseguenza, che il detto art. 530. non abbracci queste rendite *anteriori* mantenute sotto il Codice Napoleone, e per ciò stesso anche le identiche rendite anteriori mantenute dopo lo stesso Codice nel Regno d'Italia? Se ancora rimanesse dubio su ciò, esso sarebbe tolto dalla Decisione ora riportata.

V. Continuazione.

§ 1025. Osta la verità di fatto. Imperocchè è da avvertirsi che il detto art. 530. fu introdotto nel Codice non solamente in conseguenza della Decisione con la quale il Consiglio di Stato rigettò la proposizione di *ristabilire i livelli;* ma come la espressione propria di questa Decisione, e come disposizione di Diritto conseguente a questa stessa Decisione riferita precisamente ai livelli perpetui *anteriori*. Udiamo su questo particolare il contenuto del Processo verbale riportato dal sig. Merlin. « Le Conseil rejette la proposition de rétablir les rentes » foncières » (NB. che si parlò di livelli).

« D'après cette discussion la Section de Législation du Conseil » d'État a proposé à la Séance du 19 Ventose, an. XI., une disposition » ainsi conçue: »

« *Toute rente établie à perpétuité, moyennant un capital en ar-* » *gent, ou pour le prix évalué en argent, de la rente d'un immeu-* » *ble, ou comme condition de la cession à títre onéreux ou gratuit* » *d'un fond immobilier, est essentiellement rachetable.* »

« Il est néanmoins permis au créancier de stipuler que la rente ne » pourra lui être remboursée que après un certain terme, lequel ne » peut jamais excéder trente ans: toute stipulation contraire est nulle. »

« Écoutons encore le Proces verbal du Conseil d'État. »

« Le citoyen Bigot Preameneu (en présentant la disposition qu'on » vient de transcrire), que si le Code civil eût gardé le silence sur les

(1) Vedi sopra la Nota n.º I. dopo il § 1007, pag. 627.

» rentes foncières, on aurait pu les croire autorisés en vertu de l'axio-
» me, que tout ce que la loi ne défend pas, est permis. »

« La Section a donc pensé qu'il serait utile de *reduire en Dispo-
» sition législative la Décision du Conseil sur ce sujet* » (1).

Nella successiva discussione la parola *in denaro* fu tolta; e quì soggiunge il sig. Merlin: « C'est d'après cette observation, que l'art. 530.
» a été définitivement arrêté et décrété tel qu'il est aujourd'hui dans
» le Code. »

Da questa storia che cosa nasce per la presente disputa? Eccolo. Che l'art. 530. è nato in conseguenza della Decisione di *non ristabilire la facoltà di creare i livelli perpetui*, ed anzi non è altro che una riduzione in Disposizione legislativa della Decisione stessa del Consiglio, con la quale fu rigettata la proposizione di questo ristabilimento. E siccome la rendita annessa ai livelli perpetui *anteriori* doveva durare tuttavía sino ad affrancazione, come dispongono le leggi anteriori, e specialmente quella del 1790, alle quali si riferiva il Consiglio; così la Disposizione legislativa dell' art. 530.: 1.° ripete formalmente l'abolizione dei vincoli immobiliari, e il divieto di creare in futuro rendite irredimibili; 2.° nello stesso tempo mantiene la redimibilità per le rendite anteriori conservate, e durevoli dopo il Codice. Il Processo verbale apposito, che accompagna la redazione di questo articolo, esprime tale intenzione. « La Section a donc pensé qu'il serait utile de reduire en
» Disposition législative la Décision du Conseil sur ce sujet. »

Ma dall'altra parte è evidente che il Consiglio parlò dei livelli perpetui passati, e conservò le disposizioni stabilite nel 1790 e nell'an. VII., e precipuamente la loro redimibilità pronunziata nel 1790. Dunque è evidente che il citato art. 530. fa la doppia funzione di dichiarare redimibili le rendite livellarie *passate*, e di non autorizzare che rendite mobiliari e redimibili *per il futuro.*

VI. Conseguenze.

§ 1026. La conclusione generale delle premesse osservazioni si è: essere cosa indubitata che il Codice Napoleone nell' art. 530. ha non solamente contemplato i livelli perpetui anteriori, ma precipuamente ha parlato dei medesimi, ed ha disposto tanto per il passato, quanto per il futuro. La redimibilità pertanto ivi stabilita opera tanto su le rendite passate, quanto su le future; ed anzi opera precipuamente su le pas-

(1) Merlin, *Répertoire*, v. *Rente foncière*, § 11. art. 5. pag. 112 e 113.

sate, che dovevano continuare sotto il Codice Napoleone, poichè in futuro era vietato ogni contratto livellario perpetuo.

Trasportando pertanto il Codice stesso in Italia, esso ha dovuto produrre su le rendite livellarie italiane l'effetto stesso della *redimibilità;* e per conseguenza *oggidì* si deve parlare di questa redimibilità dei livelli fondati prima, e che possono continuare in futuro, non come di cosa nuova, ma come di un effetto già prodotto dal Codice Napoleone.

VII. Osservazione particolare su l'*identità* dei livelli italiani e delle rendite francesi.

§ 1027. Taluno vorrebbe forse opporre che i nostri livelli non fossero riconosciuti in Francia, o non fossero *identici* a quelli ch'erano usitati in Francia, per escludere l'identità di soggetto, su 'l quale cade la disposizione del Codice Napoleone.

Questa opposizione sarebbe formalmente smentita tanto per autorità degli scrittori, quanto per autorità delle leggi che statuirono appunto su questi livelli *identici*, e li resero redimibili. Per autorità degli scrittori, a ben comprovare l'ultimo stato della Legislazione anteriore francese, basti la sovra riportata autorità di Annéo Roberto, unita a quella del signor Merlin, allegata nella Nota n.° II. dopo il § 1007. pag. 628.

Quanto poi all'autorità della legge, basti l'art. 5. della legge 18 Dicembre 1790, nella quale appunto s'incomincia a stabilire la redimibilità, ed anzi s'introducono le discipline dell'affrancazione. Ecco le parole di questa legge fondamentale. « Art. 5. Lorsque les *beaux à rente,* » OU EMPHYTÉOSE PERPÉTUELLE ET NON SEIGNEURIALE, contiendront la con» dition expresse imposée au preneur et à ses successeurs de payer au » bailleur un droit de *lods*, ou autre droit casuel quelconque en cas de » mutation et dans les pays ou la loi assujettit le détenteur aux dits » titres de *bail à rente*, ou *emphytéose perpétuelle et non seigneu-* » *riale*, à payer au bailleur des droits casuels aux mutations, le posses» seur qui vaudra racheter la rente foncière ou emphytéotique sera » tenu, outre le capital de la rente indiquée en l'art. 2. ci-dessus, de » racheter les droits casuels dûs aux mutations; et ce rachat se fera » aux taux préscrits par le Décret du 3 Mai pour le rachat des droits » pareils ci-devant seigneuriaux, selon la quotité et la nature du droit, » qui se trouvera dû par la convention ou suivant la loi » (1).

---

(1) Vedi sopra la Nota n.° III. dopo il § 1007. pag. 629.

È vero o no che le *enfiteusi perpetue*, di cui questa legge parla quì, sono perfettamente *identiche*, tanto per li diritti fissi, quanto per gli eventuali, co' i livelli perpetui italiani? — È vero o no che per ciò stesso che la legge statuisce su i medesimi, li suppone usitati in Francia? È vero o no che la redimibilità ivi pronunciata, e rinovata co 'l Codice Napoleone, viene per la prima volta stabilita dalla detta legge, come pure è vietato nell'art. 1. di creare in futuro sì fatti contratti co 'l vincolo irredimibile, come fu di nuovo sanzionato dal Codice Napoleone? — È vero o no che nelle discussioni, da cui ebbe origine l'art. 530. del Codice Napoleone, si ritiene la stessa idéa dei livelli perpetui, sì per l'allusione a detta legge 1790, fatta nella Seduta del Consiglio di Stato del 15 Ventoso, anno XII., e sì per la definizione allora allegata, e già sopra riportata? — Invano dunque si potrebbe impugnare la perfetta identità dei livelli perpetui italiani con le enfiteusi perpetue francesi contemplate dal Codice Napoleone.

L'*identità* dunque tanto *nominale* quanto *reale* delle enfiteusi perpetue francesi con le italiane resta fuori di controversia.

§ 1028. Ma a che ostinarsi cotanto su 'l punto della perfetta identità o nominale o reale delle rendite fondiarie francesi co' i livelli perpetui italiani, se tale questione è in fondo del tutto *impertinente?* Io vi concederò per falsa ipotesi che il vestito e gli accessorj, e tutto ciò che volete delle *rentes foncières* francesi, sia *dissimile* dai livelli italiani: che cosa avrete con ciò guadagnato? Nulla e poi nulla. Potrete voi mai negare che il carattere *precipuo*, su cui si disputa, cioè il *vincolo del condominio*, non sia *identico* tanto nelle rendite francesi, quanto nei livelli italiani? Se ardiste negarlo, io vi convincerei d'ignoranza e di mala fede, facendovi leggere tanto la definizione della *rente foncière*, prodotta nel Processo verbale dell' art. 530. sopra recato, quanto la dichiarazione della Corte di Cassazione, che riconoscendo un tal vincolo essenziale alla *rente foncière*, ricusava di riconoscere una mutazione piena di proprietà suscettibile del registro stabilito.

Eccone le parole: « Considérant que tant que la rente foncière *exi-» ste* sur le fond, la *propriété* de ce fond *se divise* entre le bailleur qui » conserve la *directe*, et le preneur qui ne reçoit que la propriété *utile*, » et qu'il est improposable d'exiger du cessionaire de ce dernier de » droits pour le transport d'une propriété qui ne lui est réellement » point transmise » (1).

---

(1) Decisione 4 Ventoso, anno X. Vedi sopra la Nota n.° I. dopo il § 1000. pag. 592.

Risulta dunque per evidenza intuitiva, che tanto nelle antiche rendite fondiarie francesi, quanto negli anteriori livelli perpetui italiani, havvi un *identico vincolo* di condominio, il quale appunto importava l'irredimibilità e la immobiliarità, di cui disputiamo. Questa sola ma essenziale *identità* fra le rendite fondiarie francesi e i livelli italiani basta per me all'oggetto della presente controversia, nella quale si prende in considerazione il carattere di *condominio;* nulla importando che gli altri caratteri siano simili o dissimili: nella stessa guisa che disputandosi su la sola facoltà di *moversi* noi domandiamo se l'ente semovente sia un animale, senza imbarrazzarci della sua specie e delle rispettive differenze.

Dunque ostinandovi a sostenere qualche diversità fra le vecchie rendite fondiarie francesi ed i livelli italiani, voi non guadagnate nulla, fino a che in ambidue si verifica il carattere comune di *condominio*, cui è impossibile negare.

Per la qual cosa siete forzato a convenire, che i livelli perpetui italiani, nei loro caratteri e rapporti identici con le rendite perpetue francesi, cadono essenzialmente sotto la disposizione del Codice Napoleone come rendite su i fondi stabilite a perpetuità.

Non senza vergogna io mi veggo costretto ad insistere tanto su questo punto, quasichè l'affermare che le enfiteusi sì secolari che ecclesiastiche si praticavano in Francia specialmente nei paesi di *Diritto scritto* (nei quali si contrattava e decideva secondo i principj di *Diritto comune* sì civile che canonico) fosse un arcano di erudizione, o non più tosto cosa notoria a tutto il vulgo legale.

VIII. La qualità d'*irredimibile* e d'*immobiliare* di qualunque rendita su i fondi (e quindi dei livelli) è abolita pe'l solo motivo d'incompatibilità di Legislazione.

§ 1029. Ma siamo più generosi ancora. Fingiamo che le rendite livellarie italiane fossero ignote ai Legislatori della Francia, e però ch'esse non fossero entrate nelle loro mire: ne verrebbe forse la conseguenza della loro odierna sussistenza con l'antico vincolo di condominio irredimibile e immobiliare? Vediamolo.

Abbia o non abbia parlato il Codice Napoleone dei nostri livelli, o si vuole ch'essi dopo il Codice medesimo siano redimibili, o no. Se li volete redimibili, cessa ogni questione; se li volete irredimibili, voi dunque pronunciate non avere il Codice stesso dichiarato che *qualunque rendita perpetua stabilita* in correspettivo del prezzo di uno sta-

bile, o *come condizione della cessione* di beni immobili, sia essenzialmente redimibile (art. 530). La rendita livellaria è essa o non è per lo meno stabilita come condizione della cessione del fondo? Voi dunque volete sotto la stessa legge il *sì* ed il *no.*

Voi mi dite di volere la redimibilità per il *futuro*, e non per il *passato.* Anch'io la voglio per il *futuro;* ma la voglio prima in tutte quelle rendite che ogni anno si riproducono dopo la di lui publicazione e sotto il di lui impero, benchè fossero prima costituite.

In che dunque consiste la differenza fra di noi? Io voglio l'unità, e voi volete la diversità: volete che una cosa continui sotto l'impero del Codice; ma continui sottratta dal di lui impero, e, quel ch'è più, la volete *incompatibile* co'l di lui impero. Chi vi autorizza a fare questa separazione? Il testo della legge? No; perchè non si límita tassativamente alle rendite da *costituirsi* in futuro, ma abbraccia ogni rendita che *può scadere* in futuro. L'autorità delle decisioni? Nè meno; perchè anzi riconoscono che il testo della legge abbraccia le rendite *anteriori.* I rapporti generali del sistema civile? No; perchè nè la distinzione dei beni stabilita dal Codice, nè il régime ipotecario, nè quello del registro, ammettono, anzi escludono la irredimibilità. Voi dunque volete capricciosamente nelle proprietà immobiliari una qualità reale rifiutata da tutto il sistema civile vigente. E perchè? Perchè così vi piace.

§ 1030. Ma se così piace a voi, ciò non piace nè alla verità, nè alla Ragione legale. Rispondete a me.

1.° Potete voi negare che prima del Codice Napoleone esistessero in Francia rendite immobiliari *con vincolo di condominio?* Voi neghereste un fatto storico allegato da leggi solenni (1). — 2.° Potete voi negare che il debito di tali rendite anteriori abbia continuato e continui tuttora in Francia sotto l'impero del Codice Napoleone? Nè meno, perchè neghereste un fatto attestato con pari solennità (2). — 3.° Potete voi negare che tali rendite in Francia continuino in oggi co'l carattere di *redimibili* e di *mobiliari?* Nè meno: se lo negaste, voi sareste smentito dalla Decisione suprema ora recata. — 4.° Potete voi negare che la Legislazione del Codice Napoleone in Francia sia tutta relativa alla *redimibilità e mobilizzazione* di sì fatte rendite? Nè meno. Voi sareste smentito dagli articoli 529. e 530., e assai più dai Processi verbali relativi a tali articoli, e da tutto il sistema ipotecario. — 5.° Potete voi

---

(1) Veggansi sopra i §§ 1002. 1003., e le Note I. II. III. dopo il § 1007., pag. 627 a 629.

(2) Veggasi sopra § 1003., e la Decisione sovra recata.

negare che il Codice Napoleone italiano non sia lo stesso stessissimo Codice francese? Nè meno. — Volete dunque che in Francia esso pronunci *redimibilità e mobilizzazione*, e in Italia pronunci *irredimibilità* e *immobilizzazione?* Volete voi che la stessa legge con le stesse parole su lo stesso oggetto dica di *sì* e di *no* nello stesso tempo?

Invano per sottrarvi dalla forza di quest'argomentazione voi tentereste ricorrere alla pretesa *diversità* dei livelli italiani dai francesi.

Inutile sotterfugio sarebbe questo, dopo che da una parte voi riconoscete nei livelli italiani una rendita costituita con la qualità immobiliare e irredimibile, co 'l vincolo del condominio; e dall'altra parte non potete negare che il Codice Napoleone rigetta (almeno in Francia) tutte queste qualità.

Orsù, mi concedete voi che il Codice non toleri più rendite irredimibili ed immobiliari? allora io vi dono i vostri livelli. Lo negate? allora io vi provoco ai fatti già premessi, dai quali consta che il Codice, il quale dirige la sorte e la contrattazione di tutti i beni, non tolera vincolo alcuno di condominio (1), e quindi tutta la proprietà riposa sopra una sola testa (2). Ma s'egli è vero che sotto l'impero del Codice Napoleone deve assolutamente prevalere il tenore delle sue disposizioni, e rimanere necessariamente abrogate tutte le altre disposizioni *incompatibili;* ne viene la necessaria conseguenza, che le rendite livellarie in Italia dovranno sotto il Codice Napoleone camminare spogliate della veste non più tolerata dell'irredimibilità, del condominio e della immobiliarità. — Che potete rispondere? Potreste negare che una legge, una consuetudine antecedente viene abrogata in forza della *sola incompatibilità* con la susseguente? Voi neghereste un principio, o, a dir meglio, un assioma notorio a chiunque ha salutato i vestiboli della Giurisprudenza; neghereste un principio altamente proclamato da leggi e da Decreti supremi (3). Potreste voi negare che il Codice Napoleone,

---

(1) Ciò si rileva dalle cose premesse su la distinzione dei beni, su la mobilizzazione, e su le altre qualità rilevate dalla recata Decisione di Cassazione.

(2) Vedi sopra la Nota n.° II. dopo il § 1000. Esempio II. pag. 595.

(3) Vedi sopra i §§ 989. a 992., la Nota n.° III. dopo il § 1000. pag. 599, e il *Giornale di Giurisprudenza,* Tom. VI. pag. 124 e 125 (*a*).

(*a*) Nel luogo che si richiama quì dall'Autore si fa uso appunto di questo principio in una speciale questione. Vi si legge pure una nota che ritengo di lui medesimo, e che mi piace riferire. Le parole del testo, cui è apposta, sono le seguenti: « Queste nozioni or» dinarie su l'abrogazione *tacita* non si ap» plicano che alle *leggi-madri,* o alle *leggi*» *principj (lois-mères, ou lois-principes)*»(*).

(*) « Sotto il nome di *leggi-madri* pare che debbansi intendere quelle disposizioni fondamentali positive, le quali ordinando

tutto relativo alle sovra notate basi francesi, racchiuda una Legislazione *inconciliabile* co' i vincoli di comproprietà, d'irredimibilità ed immobiliarità? Voi neghereste un fatto già dimostrato, e da voi stessi confessato, parlando della Francia. Dunque tutte queste qualità rimasero *abolite*, con l'applicazione del Codice Napoleone al Regno d'Italia, pe 'l solo motivo d'*incompatibilità*. La verità però si è, che furono anche *espressamente* abolite co 'l testo formale dell'art. 530., il quale con la sua generale espressione abbraccia non solo le rendite livellarie, ma ogni altra rendita fondiaria portante il vincolo di condominio, e la qualità d'*irredimibile* e d'*immobiliare*, come sopra si è dimostrato.

IX. Delle rendite livellarie costituite dopo il Codice Napoleone.

§ 1031. Voi mi domandate che cosa si debba pronunciare *in jure* delle rendite livellarie costituite sotto l'impero del Codice Napoleone secondo le forme antiche.

Facile è la risposta. O voi mi parlate delle enfiteusi perpetue, o delle temporarie. Se mi parlate delle perpetue, esse sussisteranno a termini degli articoli 529. e 530. del Codice Napoleone, rimanendo come non apposte le condizioni inconciliabili con le disposizioni dei detti articoli e con le altre leggi. Se niuno può impedire che le disposizioni delle leggi abbiano luogo ne' suoi contratti e ne' suoi testamenti, niuno potrà impedire ch'esse abbiano luogo anche nella costituzione delle rendite. Dunque siccome la legge ha bensì autorizzati i censi riservativi su gl'immobili e altre rendite consimili, ma ne ha assolutamente vietata l'irredimibilità perpetua, e annullato il patto che oltre il corso di trent'anni prolunga il divieto di affrancare l'immobile gravato;

---

una data cosa generale, o introducendo un dato ordine di cose, traggono seco altri effetti secondarj, dipendenti dall'ordine principale stabilito. Sotto il nome poi di *leggi-principj* pare che debbasi intendere una regola generale di ragione, sanzionata dall'autorità del Legislatore, mediante la quale debbasi applicare la legge in certe maniere. Un esempio di queste leggi di principio lo troviamo nell'art. 2. del Codice Napoleone, in cui si dichiara che *la legge non dispone che per l'avvenire; essa non ha effetto retroattivo.* Molti esempj abbiamo anche di *leggi-madri.* Tale è quella della distinzione dei beni; tale sarebbe lo svincolamento delle proprietà, e la sottrazione dai privilegi e da altri vincoli all'industria ed al commercio, introdotta dall'art. 119. della Costituzione di Lione. A che dunque si riduce la differenza fra la *legge modale* e la *legge-principio?* La prima colpisce ed ordina le cose e le azioni in un dato modo; la seconda illumina la mente, e la dirige a giudicare, e quindi a statuire in una data maniera: la prima dirige la mano; la seconda dirige la mente, per quindi dirigere la mano, e produrre e mantenere così l'ordine voluto dal Legislatore. » (DG)

così ha esclusa la qualità di *dominio diretto*, di *dominio utile*, di *irredimibilità* e di *natura immobiliare*.

In questi livelli pertanto, ad onta di qualunque patto, tutta la *proprietà* del fondo starà presso il preteso utilista; e la ragione di esigere i diritti fissi ed eventuali in qualità di *rendita mobiliare* starà presso il preteso direttario, il quale non potrà negare all'utilista l'affrancazione.

Se poi parliamo delle enfiteusi temporarie anteriori, esse non vengono nè punto nè poco alterate quanto ai patti ed agl'interessi delle parti; ma cessa la distinzione dell'*utile* e del *diretto dominio*, rimanendo tutta la proprietà presso il concedente, ed il solo godimento presso il livellario, come risulta da solenne Parere interpretativo già riportato (1). L'enfiteuta pertanto nei livelli temporarj dev'essere pareggiato ad un semplice conduttore spogliato d'ogni diritto di condominio, ed obligato ad un dato cánone verso il proprietario, co'i patti e con le condizioni stabilite nell'istrumento. — Ciò ha luogo tanto nei livelli transitorj *ad quoscumque*, quanto nei livelli temporanei lineari o di famiglia.

§ 1032. Ad evitare ogni ambiguità nell'intelligenza delle parole *livelli temporarj* (da cui dipende la collocazione della proprietà o presso il direttario o presso l'utilista) è necessario avvertire alle anteriori disposizioni tanto del Diritto francese, quanto del Diritto italiano.

Se parliamo del Diritto francese, noi troviamo senza equívoco fissato il período di tempo che distingue il livello temporario dal perpetuo. « Les beaux à rente ou emphyteoses, et non perpétuels, seront exécu- » tés pour toute leur durée, et pourront *étre faits à l'avenir pour* » *quatrevingt-dix-neuf ans et au-dessous*, » dice la legge 29 Dicembre 1790) (2). Con ciò concorda il Decreto Imperiale già accennato nella sopra riferita Decisione, fatto per li Dipartimenti romani, del dì 1.° Marzo (3) 1813. Ecco quanto ivi disponsi. « Le enfiteusi temporarie, » non eccedenti i novantanove anni o tre generazioni, continueranno ad » aver luogo e saranno eseguite secondo la loro forma e il loro tenore. »

Se poi parliamo del Diritto italiano, troviamo essere stato stabilito lo stesso límite fino dai tempi di Giustiniano. Di fatto nella Novella VII. Capo III. in principio, non permettendo essa enfiteusi perpetue agli Stabilimenti pii, ma sole enfiteusi temporanee, ne limitò la

(1) Vedi sopra § 1003, e la Nota n.° I. dopo il § 1007. pag. 627.

(2) Vedi sopra la Nota n.° III. dopo il § 1007. Tit. I. Art. I. pag. 629.

(3) Sopra nel § 1016. si ha la data del dì 5 Marzo. (DG)

durata a tre sole generazioni: dimodochè questo parve ai giureconsulti il comune criterio, onde distinguere le *enfiteusi perpetue* o *indefinite* dalle *temporanee.* Ciò viene pure confermato dalla Novella CXX., nella quale confrontando la facoltà di dare a livello perpetuo concessa alle Chiese in generale, con la facoltà ristretta di dare a livello temporario alla Chiesa di Costantinopoli, risulta esattamente che le tre generazioni formano il massimo período onde distinguere legalmente il *livello temporario* dal *perpetuo.*

§ 1033. Ad ogni modo però si deve distinguere la *perpetuità* e la *temporaneità legale* dalla *filosofica.* Trattandosi d'una investitura eccedente le tre generazioni, ma la cui durata sia fissata ad un'epoca certa, si dovrebbe dire in sè stessa *temporanea.* Ma noi parlando in Diritto, nel quale il Legislatore ha in mira il benessere dei cittadini, non possiamo adottare questa norma. Come mai riguardare il livello di una lunghissima ed arbitraria durata, benchè finita, come temporaneo, a fronte della durata minore stabilita dalla legge, la quale ebbe in mira il corso naturale delle proprietà, che segue le vicende dei bisogni? Non è egli vero che la legge volendo provedere alle libere contrattazioni, allo sviluppamento dell'industria, e alla spedita attività del commercio, non doveva allungare soverchiamente la temporaneità (la quale non dovrebbe oltrepassare una generazione)? Ora non è forse questo lo spirito costituzionale della nostra civile Legislazione?

§ 1034. Qui si potrebbe domandare se dopo il Codice Napoleone si possano stabilire *livelli temporanei con le stesse condizioni degli antichi.* La negativa risulta dalle cose sopra discorse, sì in forza del Codice che non tolera divisione di dominio immobiliare; e sì per espressa dichiarazione legislativa già riportata (1), dalla quale risulta che nei *livelli temporanei* tutta la proprietà riposa su la persona del così detto *direttario.* Ma così è, che anche nei livelli temporanei usitati per lo passato il dominio reale ossia la proprietà si divideva fra il direttario e l'utilista. Dunque dopo il Codice Napoleone non si possono stabilire livelli temporanei con questa condizione, la quale è fondamentale e precipua.

Anzi questa condizione è abolita anche negli anteriori, i quali nel rimanente non soffrono difficoltà. Se in essi non si verifica la redimibilità a piacere dell'utilista, ciò deriva dal motivo, che non essendo per-

---

(1) Parere interpretativo del 7 Marzo 1808, riferito sopra nella Nota n.° I. dopo il § 1007. pag. 627.

petui, non si può considerare che la vera proprietà sia passata in testa dell'utilista; ma bensì che sia rimasta presso il direttario, e che l'utilista non abbia che il semplice *godimento* dell'immobile sotto le condizioni stabilite nel contratto.

§ 1035. In generale poi abbracciando i livelli sì temporarj che perpetui, parlando legalmente, si deve dire essere la costituzione dei medesimi vietata sotto l'impero del Codice Napoleone. Quando parlo della costituzione dei livelli, io intendo indicare la costituzione antica dei medesimi, la quale per condizione precipua ed essenziale importava la divisione del dominio in *utile* e *diretto*. Allorchè voi costituite un contratto di godimento d'un immobile senza questa condizione, in tal caso non costituite più un contratto di livello, ma un altro contratto di costituzione di rendita o di godimento temporaneo d'un fondo, attesochè manca in esso il requisito precipuo e caratteristico dei livelli. Ad ogni modo pertanto resta dimostrato che la legge ha vietato la costituzione d'ogni rendita livellaria sotto l'impero del Codice Napoleone.

Per la qual cosa si torna di nuovo alla proposizione già sopra esposta, cioè che i livelli o perpetui o temporanei, creati dopo la promulgazione del Codice Napoleone, onde poter sussistere come rendite tolerate, soffrono una vera riduzione, o, a dir meglio, una modificazione analoga alle disposizioni del Codice medesimo: modificazione, la quale viene operata con l'annullarsi l'irredimibilità e il condominio incompatibili co 'l Codice stesso, e co 'l sostituirvi le qualità della *redimibilità* e della *mobilizzazione* nei livelli perpetui, e negli uni e negli altri co 'l condensare tutta la proprietà o su l'utilista, o su 'l direttario.

Ciò serva d'avviso sì alle parti che a' Notaj nelle stipulazioni, come altre volte ho già avvertito.

X. Se la mancanza delle discipline del riscatto serva d'ostacolo all'effetto della legge.

§ 1036. Sia pur vero, taluni oppongono, che la forza dei principj da voi dedotti dal disposto delle leggi conduca necessariamente alla mobiliarità e redimibilità dei livelli; e che perciò? Forse si dovrà dire che le parti debbano praticamente assoggettare l'esercizio dei loro diritti e delle loro azioni ed obligazioni ai nuovi rapporti indotti dalla legge? E come mai sarebbe ciò possibile, mentre manchiamo delle necessarie discipline, onde esercitare il riscatto delle rendite livellarie? Nelle liti prodotte dalla disparità d'interessi e di domande fra il direttario e l'utilista su 'l prezzo del riscatto come potrebbero i Giudici pronun-

ciare definitivamente senza una legge disciplinare? Nulla diremo delle altre conseguenze che da sè stesse si preveggono, le quali tutte abbisognano di una speciale providenza della legge, onde rendere praticabile ed armonico il riscatto delle rendite livellarie. Conchiudiamo adunque: essere bensì fissato il diritto del riscatto quanto alla sua *potenza*, ma non quanto al suo *esercizio*. Ora se l'esercizio ne rimane impedito, il diritto rimane pure inoperoso, e vani sono gli sforzi da voi fatti sin quì.

A questa objezione rispondo come segue.

1.° Osservando precisamente il soggetto, su 'l quale cade l'objezione, noi rileviamo a prima giunta restringersi esso al solo punto dell'*esercizio del riscatto*, il quale per mancanza di disciplina pretendesi impossibile. Ciò posto, senza discutere quì se si verifichi o no questa pretesa impossibilità, io osservo che in tutti gli altri punti e in tutte le altre funzioni, nelle quali la legge non deve aspettare verun'altra operazione dell'uomo, la legge otterrà tutto il suo effetto, e la funzione della legge si dovrà giudicare come consummata. Tal è certamente ogni funzione abolitiva; perocchè al momento che l'abolizione viene pronunciata, essa per ciò stesso è consummata senz'aspettare il soccorso o di altra legge, o dell'opera dell'uomo. Ma così è nel caso nostro, che la legge pronunciò l'abolizione dei vincoli immobiliari, nè tolerando più la divisione del dominio, concentrò tutta la proprietà o su l'una o su l'altra parte contraente. Dunque in ciò non occorre ministero alcuno di altra legge, nè opera ulteriore d'uomo; dunque è per sè evidente che almeno in questa parte dovremo riconoscere come consummato l'effetto delle nuove leggi su le rendite livellarie.

2.° Ma è egli poi vero che per mancanza di disciplina regolatrice dei riscatti non si possa esercitare il riscatto medesimo? Ecco ciò che non fu mai dimostrato, e che, secondo le nuove leggi, non verrà dimostrato giammai. Prima di tutto riteniamo che quì non si potrebbe contemplare un riscatto *volontario* per ambe le parti, ma unicamente un riscatto *contenzioso;* ed in questo riscatto contenzioso propriamente non si potrebbe contemplare che il *prezzo* del riscatto, e non mai il diritto in massima dell'utilista a domandarlo, e l'obligo assoluto del direttario a concederlo. Ogni dísputa su ciò è tolta dalla legge, la quale attribuendo il *diritto*, ha pur anche attribuita l'*azione*. Sarebbe una vera derisione, anzi un assurdo legale, pretendere il contrario. Ridotto il punto di questione così, a che dunque si concentra la difficoltà? Essa si concentra a pronunciare su 'l prezzo del riscatto, e su la garanzía del direttario pe 'l suo capitale.

Per ciò che spetta a questa garanzía, la legge ha proveduto bastantemente, come rilevasi dalla riportata Sentenza, e più ampiamente si dirà più sotto.

Quanto poi al fissare il prezzo controverso del riscatto in mancanza d'un regolamento speciale, la nostra Legislazione ha proveduto a bastanza co 'l potere conferito ai Giudici dall'art. 4. del Codice Napoleone, avvalorato da un gravissimo esempio, qual è quello di averli autorizzati, in caso di contesa pe 'l corso o per la distribuzione di aque private, a finirla anche con disposizioni conciliative dell'interesse del privato con quello dell'agricultore, e quindi co 'l mezzo di regolamento speciale obligatorio delle parti contendenti (vedi l'art. 645. del Codice Napoleone).

È falso che l'affrancazione dei livelli manchi di un regolamento disciplinare, come tantosto si vedrà. Ma, s'anche ciò fosse, non accorderò mai che in buona giustizia si possa togliere alla parte, che ha diritto di affrancarsi, l'esercizio del suo diritto; e meno che si possa privarla degli altri diritti quesiti con la sola promulgazione del Codice Napoleone. Tali sono certamente quelli che vengono attribuiti per ministero solo della legge, come testè fu avvertito.

XI. Necessità dell'inscrizione ipotecaria.

§ 1037. Che cosa dunque rimane a fare ai direttarj circa le rendite perpetue in addietro portanti condominio per la garanzía dei proprj diritti? Dico *le rendite perpetue in generale*, *portanti una volta condominio*, per indicare che non solamente i livelli cadono sotto la legge, ma ogni altra rendita perpetua radicata sopra un immobile.

La risposta a questa domanda fu già data nelle trascorse pagine, allorchè, con la scorta delle dottrine e delle leggi, fu avvertito essere, per parte del così detto *direttario*, o a dir meglio del creditore, essere, dissi, necessario di prendere all'Officio delle Ipoteche l'inscrizione per il capitale della sua rendita su 'l fondo enfiteutico, onde, in caso di vendita o di alienazione per parte dell'utilista ossia del debitore, il fondo passi co 'l peso della rendita, e così resti guarentito l'interesse del direttario creditore (1).

Questo risultato, derivato allora dalle ricordate fonti, viene ora confermato dalla sovra recata Decisione, tratta dalla combinazione degli articoli del Codice Napoleone, come si è veduto, a cui, a modo di

(1) Vedi sopra § 1013., e la Nota n.º I. dopo il § 1015. pag. 651.

schiarimento intenzionale, fu aggiunta la dichiarazione inserita nell'art. 107. del Decreto Imperiale 9 Dicembre 1811, e dall'art. 5. dell'altro Decreto Imperiale 1.° Marzo 1813, fatto per gli Stati romani.

Ecco in particolare quanto risulta dalla combinazione delle leggi, delle dichiarazioni e delle decisioni su questo proposito.

1.° Nei livelli perpetui il vero e pieno proprietario è il livellario stesso; il direttario non è che un mero creditore d'una rendita mobiliare e redimibile. Dunque il livellario può disporre del fondo livellato a guisa di padrone, ossia di proprietario incommutabile d'un bene, ed alienarne la proprietà come qualunque altro, il quale altro peso non avesse, che quello di un debito capitale pecuniario.

2.° Il direttario non è che un creditore d'una rendita mobiliare assicurata bensì su 'l fondo, ma che nel sistema attuale non produce estrinsecamente un'azione esercibile su 'l fondo se non mediante inscrizione all'Officio delle Ipoteche. Dunque se la proprietà del fondo venga alienata senza questa inscrizione, il creditore, altre volte direttario, avrà bensì un'azione personale contro il debitore altre volte utilista, ma non potrà molestare giammai il terzo acquirente e possessore, alle cui mani la proprietà pervenne libera da ogni ipoteca notificata. Dunque il creditore direttario, se vuole *conservare* la sua ipoteca naturale in guisa che sia esercibile su 'l fondo *ad quoscumque transeat*, deve prenderne l'inscrizione prima che la proprietà ne sia alienata, o almeno prima che il terzo acquirente abbia fatta la trascrizione del suo acquisto libero da ogni ipoteca inscritta. « Les créanciers de ces rentes (dice la recata » Decisione) n'ont pu en conserver les hypothèques contre les tiers-ac- » quereurs, qu'en prenant inscription sur les immeubles qui en sont » gravés avant la transcription des contrats translatifs de la propriété » de ces immeubles. »

3.° Viceversa il terzo acquirente del fondo livellario, che ne acquistò la proprietà (senza che prima il direttario avesse presa l'inscrizione ipotecaria per la rendita), facendo trascrivere il suo contratto di acquisto, libera *ipso jure* il suo fondo dal peso della rendita, ed altro non rimane al creditore, in addietro direttario, che l'azione personale verso il suo primo debitore livellario. « Le demandeur en Cassation a » fait transcrire ses contrats d'acquisition avant que le défendeur eût » formé son inscription pour la conservation de ses droits : d'où il suit, » que le demandeur aurait *acquis la liberation* de la redevance dont » il s'agit par la transcription de ses contrats au Bureau des Hypothè- » ques, » dice la ricordata Sentenza.

4.° Nè ciò si restringe alle sole rendite livellarie, ma agli affitti perpetui, ed agli affitti a tempo indeterminato, perchè tali contratti hanno la forza di trasmettere la proprietà nell'affittuario, come dichiara la detta Decisione conforme alle citate leggi (1); ed in conseguenza il locatore diviene semplice creditore di una rendita per il fondo affittato a perpetuità.

Ciò pur si verifica anche a riguardo di un semplice usufrutto perpetuo che importa l'inscrizione ipotecaria, a fine di conservare il diritto d'esigere una rendita stipulata in vista del detto usufrutto, come espressamente viene dichiarato con le seguenti parole. « Qu'il en serait » ainsi lors même que l'Act du 14 Avril 1485 n'aurait été constitué » que d'un simple usufruit perpétuel, puisque la redevance stipulée » pour raison du dit usufruit n'en aurait pas moins grévé les fonds ac- » quis, et que l'inscription est requise pour la conservation même des » simples arrérages. »

XII. Non ostante la mancanza d'una tassa legale dei capitali del cánone o di altre rendite simili, si può eseguire l'inscrizione ipotecaria prescritta dal Codice civile.

§ 1038. Quì sorge un'objezione. Sia pur vero, si dirà, che il creditore, altre volte direttario, per conservare il suo diritto ad esigere il cánone, e così pure l'affittuario perpetuo per conservare il suo diritto ad esigere la pensione, siano obligati ad inscrivere all'Officio delle Ipoteche il loro credito primachè i proprietarj, altre volte livellarj ed affittuarj, alienino i fondi aggravati dal cánone e dalla pensione, o almeno prima che il terzo acquirente o compratore facia trascrivere il suo contratto; ma come eseguir ciò prima che si facia una precisa liquidazione del capitale corrispondente al cánone ed alla pensione? Non è egli vero che l'inscrizione ipotecaria ricerca per suo indispensabile requisito la fissazione, e quindi la notificazione precisa tanto della somma capitale, quanto degl'interessi o delle pensioni dell'importo, onde conservare il diritto ipotecario, e quindi l'azione ad esigere gli uni e gli altri? L'ar-

(1) Questa Decisione ha cassato la Decisione della Corte Imperiale di Amiens, appunto perchè non attribuiva l'effetto della trasmissione della proprietà a questa specie di affitti. « Qu'il y a donc eu violation ouverte des lois qui attribuent aux beaux à » rente, et même aux beaux à locataire perpétuel, l'effet de transmettre la propriété. » Con ciò si conferma la teoría già sovra esposta, che gli affitti perpetui ed a lungo tempo vengono *in questa parte* pareggiati ai livelli per la divisione del dominio, e quindi per le conseguenze pratiche che ne seguono, come fu dimostrato nel presente Volume, pag. 655, in fine della Nota n.° II. dopo il § 1015.

ticolo 2148. § 4. del Codice Napoleone si esprime chiaramente su questo proposito. Ora senza una norma autorevole di liquidazione come si potrà adempiere alle prescrizioni del citato articolo? Sembra dunque di nuovo che la mancanza delle discipline pe 'l riscatto, parte precipua delle quali è appunto la liquidazione suddetta, renda ineseguibile una regolare inscrizione ipotecaria.

Risposta.

§ 1039. Facile è la risposta a questa objezione; anzi, per renderla vie più vittoriosa, incominceremo appunto dal citato § 4. dell'art. 2148. del Codice Napoleone. Ivi per quarto requisito dell'inscrizione ipotecaria si esige che nella nota lasciata presso l'Officio delle Ipoteche « venga notato l'importo dei crediti capitali espressi nel titolo, o *valu-* » *tati dall' inscrivente*, riguardo alle rendite ed alle prestazioni o ai » diritti eventuali, condizionali o indeterminati, nei casi in cui questa » valutazione sia prescritta, come pure l'importo degli accessorj di que- » sti capitali, ed il tempo in cui sono esigibili. » Poteva mai la legge parlare più a proposito pe 'l caso nostro, e somministrare meglio la risposta alla recata objezione? Le prime parole del recato paragrafo prescrivono che la nota insinuata all' Officio delle Ipoteche debba esprimere l'importo dei *crediti capitali* espressi nel titolo, o VALUTATI DALL' INSCRIVENTE riguardo alle rendite, ec. Quì, come ognun vede, la quantità del credito viene fissata o mediante il documento originale, o mediante estimazione dell' inscrivente creditore. E questa disposizione della legge si applica appunto alle rendite, alle prestazioni, ai diritti eventuali, ec. I cánoni, le pensioni, ed altre simili prestazioni di rendite fondiarie perpetue, come appunto sono i livelli ed affitti perpetui, i laudemj ed altri eventuali diritti, cadono appunto sotto questo paragrafo, il quale precisamente allude a tali specie di crediti. Ora se per l'inscrizione ipotecaria di tutti questi oggetti la legge, in mancanza del documento che ne fissi la quantità, autorizza la valutazione dell' inscrivente, vale a dire ammette come dato positivo la liquidazione che ne fa l'inscrivente medesimo, e considera con ciò l'inscrizione stessa come regolare; ne segue che verun ostacolo non può trovare la legge anche quando non preceda una tassa estimatoria od anche una liquidazione convenzionale, bastando all' inscrizione ipotecaria che il creditore, altre volte direttario, fissi a suo giudizio il valore del capitale da inscriversi.

Ecco pertanto ciò che si può praticare su questo proposito. Quando un direttario voglia assicurarsi dell' esigenza del suo cánone, della sua

pensione, e guarentirsi contro le conseguenze di una clandestina alienazione che il livellario o affittuario perpetuo potesse fare, egli prende a dirittura la sua inscrizione su 'l fondo livellato o affittato, giusta le forme prescritte dall'art. 2148. del Codice Napoleone. E trovando che l'importo del credito capitale del cànone e della pensione dovuta non è liquidato dalle precedenti investiture, egli stesso ne fissa il valore e la quantità, come pure lo fissa riguardo agli altri diritti eventuali a lui dovuti sino all'affrancazione; e con ciò egli rimane sicuro del suo credito, e viene guarentito dalla legge.

Ad evitare poi ogni perplessità nella fissazione del capitale dei diritti sì fissi che eventuali, egli prende per sua norma le leggi vigenti per le affrancazioni dei livelli, affitti perpetui, ed altre prestazioni sì fisse che casuali degli stabilimenti publici e di culto (1).

Nè può recare differenza veruna nell'estimazione dei capitali, e del valore dei diritti fissi ed eventuali, la diversità che passa tra una corporazione ed un privato, stantechè *dove si tratta del* mio e tuo *le regole estimative del prezzo dei beni debbono essere le medesime.* L'osservanza delle cautele tutorie, fra le quali si annoverano le diverse petizioni, approvazioni, e simili solennità, non può applicarsi ai privati; perchè nell'un caso si tratta di un corpo tutelato, e nell'altro di una persona *sui juris.* Ogni uomo di senso comune sente a prima giunta, che se un bene mobile o immobile, secondo la estimazione comune, vale dieci, o si dee valutare come dieci per una persona, si deve egualmente valutare allo stesso prezzo anche per l'altra, non essendo la qualità personale un elemento integrante del valore. Quì siamo nel caso di applicare una legge fatta per una classe di persone, ad un'altra classe per identità perfetta di oggetto e di diritto (2). Se prima del Codice Napoleone non si potevano applicare ai privati i Regolamenti fatti pe' i publici Stabilimenti su 'l punto dell'affrancazione delle rendite perpetue fondiarie, e quindi le norme estimative del valore dei diritti fissi ed eventuali; ciò unicamente derivava dal motivo che l'affrancabilità *non era stata ancora estesa ai privati:* ma dopo che questa affrancabilità fu estesa anche ai privati, ne segue necessariamente essere applicabili ai medesimi anche le norme estimative dei diritti fissi ed eventuali, annessi alle rendite e prestazioni redimibili.

---

(1) Vedi la Nota n.° I. in fine di questo scritto.

(2) Quì ha luogo la trita legge: *Quoties lege aliquid, unum vel alterum introductum est, bona occasio est caetera quae tendunt ad eamdem utilitatem, vel interpretatione, vel certa* jurisdictione *suppleri.* Leg. 13. ff. *de legibus Senatusque Consultis.*

XIII. Regola pe' i Giudici, onde fissare il valore capitale delle rendite livellarie.

§ 1040. Questa osservazione è infinitamente importante pe' i Giudici ed i Tribunali, in caso di contestazione su 'l valore delle rendite, nell'eseguire l'affrancazione domandata dai possessori dei fondi aggravati dalle rendite medesime. Certamente nel dovere e nella perplessità di determinare il valore controverso, niuna norma più autorevole potrebbe scegliere un Giudice (che pronuncia come arbitro stabilito dalla legge) di quella che viene adoperata per le affrancazioni delle rendite dovute ai Corpi tutelati dallo Stato.

In aspettazione pertanto d'uno speciale Regolamento su l'affrancazione dei livelli e di altre rendite perpetue fondiarie, i Giudici hanno una norma legalmente applicabile alle controversie che possono insorgere fra privati su 'l modo di valutare i capitali dei diretti dominj, sia per ottenere l'affrancazione, sia per far ridurre a' suoi giusti limiti una ipoteca eccessiva.

Facil cosa è estrarre dalle Leggi e dai Decreti, dei quali daremo l'estratto nella Nota N.° I., le disposizioni applicabili alle affrancazioni dei livelli privati. Solamente dobbiamo notare quì, essere applicabili al caso che le parti non si possano accordare all'amichevole. Quando esse vanno d'accordo, valgono i soli patti.

XIV. Altra conseguenza pratica su le intestazioni censuarie delle proprietà soggette a livello.

§ 1041. Dalle premesse considerazioni segue essere stata tolta ogni perplessità su 'l modo d'intestare nei registri censuarj il vero proprietario dei fondi soggetti a rendite perpetue o temporarie, una volta portanti il vincolo del condominio. Posto che in oggi la vera e piena proprietà stabile è assolutamente concentrata tutta o sopra il concessionario o sopra il concedente, come quì innanzi si è veduto, ecco le speciali conseguenze.

1.° Se il dato fondo è aggravato o da un livello perpetuo, o da un livello che ecceda i 99 anni, o le tre generazioni; o contempli una discendenza in genere, sia lineare, sia famigliare; o sia aggravato da un affitto o usufrutto perpetuo, o da una decima (1), o da qualunque altra prestazione in generi o in denari pure perpetua, o che si considera co-

(1) Vedi la Nota n.° I. in fine di questo scritto.

me perpetua [1]: in tal caso dev' essere intestato come unico proprietario il possessore dell' immobile, e la rendita imposta deve considerarsi come un mero peso del fondo medesimo, al pari di qualunque debito portante ipoteca.

Nè può formare objetto che il contratto porti reversione o caducità per l'avvenimento di determinati casi: imperocchè nella stessa guisa che una clausola resolutiva apposta ad una vendita non toglie il passaggio della piena proprietà dal venditore al compratore, dimodochè essa pienamente riposa su 'l compratore in tutto quel tempo che precede il caso contemplato nella clausola medesima; così nel contratto livellario perpetuo, o simile a perpetuo, le clausole di reversione o di caducità, od altre simili, non ostano che la piena proprietà non si debba intestare nelle tavole censuarie sotto il nome del possessore livellario [2].

Su ciò per altro non può avvenire sbaglio veruno, nè può esservi bisogno di alcuna legge direttrice, dopo il Decreto 10 Febrajo 1809, ch' è fatto in perfetta armonía con le disposizioni del Codice Napoleone, in punto della collocazione della proprietà; e però in forza di quest'armonía viene ad afforzare e confermare le già recate teoríe [3].

2.° Che se un dato fondo è aggravato da un livello o da un affitto temporaneo (vale a dire non eccedente i 99 anni o le tre generazioni, come sopra si è avvertito), o da altra prestazione fondiaria pure temporanea, egli è chiaro che la proprietà dev' essere registrata in testa del *livellante*, *locatore*, o del *creditore* della rendita o prestazione temporanea, e non più in testa del livellario, dell' affittuario, o di altro possessore. Le leggi dispositive e dichiarative sovra prodotte riconoscono risedere nei primi la piena *proprietà;* nulla ostando che il godimento del fondo esista presso il livellario, affittuario o debitore della rendita o prestazione, pe 'l motivo che la legge vuole segnato il vero *proprietario* dell' immobile, e non la persona che ne gode temporaneamente. In conseguenza di ciò non deve recare veruna meraviglia che nei registri censuarj talvolta si vegga intestato come proprietario del fondo quello che chiamavasi una volta *utilista*, e talvolta quello che chiamavasi *direttario:* sì l'una che l'altra intestazione deve aver luogo, come si è veduto, secondochè la piena proprietà risiede in forza delle leggi presso l'uno o presso l'altro. Ciò si è detto per soddisfare ai dubj di taluno che crede incongruente questa diversa intestazione.

---

(1) Vedi su ciò il precedente scritto *su i livelli*, Tesi III. §§ 1008 a 1015.

(2) Su questo punto io mi riporto a ciò che ne fu detto ampiamente, con la scorta del sig. Merlin, ai §§ 1010 e 1011. — (3) In prova di ciò veggasi quanto fu scritto sopra, § 1005.

XV. Come debba essere regolata la ritenuta delle imposte prediali su i fondi aggravati da rendite livellarie, o simili.

§ 1042. Molto più grave ed importante è la questione, che si presenta come conseguenza delle antecedenti teoríe, su 'l punto della ritenuta per causa d'imposta prediale, competente al possessore di un fondo, su 'l cánone o su la prestazione dovuta al concedente il fondo medesimo. Per ben intendere lo stato della questione conviene prima di tutto richiamare la legge riguardante questo punto.

« Art. 1.° Le contribuzioni imposte su i beni tenuti a livello sono » a carico dell'enfiteuta anche nel caso in cui non sia stato espressamente » obligato al pagamento delle imposte nel contratto. »

« Art. 2.° L'enfiteuta è autorizzato a ritenersi il quinto dell'ammon» tare del cánone, per rappresentare la contribuzione dovuta dal pro» prietario. »

« Questa ritenuta però non potrà aver luogo nei casi in cui sarà » stato stipulato in qualunque modo che il peso delle contribuzioni sarà » esclusivamente a carico dell'enfiteuta » (1).

Questo Decreto è di parola in parola identico con gli articoli conclusionali del seguente Parere del Consiglio di Stato, del 21 Genajo 1809, approvato da Sua Maestà. Eccone il tenore.

« Le Conseil d'État, qui, d'après le renvoi ordonné par Sa Majésté, » a entendu le Rapport de la Section des Finances sur celui du Mini» stre de ce Département, relatif à la question de savoir: »

« 1.° Si la contribution foncière des héritages possédés à titre » d'emphitéose, doit être supportée par le preneur qui paye la rente, » ou par le bailleur qui la perçoit; »

« 2.° Si l'emphitéote est autorisé à retenir, sur le montant de la » redevance, un cinquième pour représenter les contributions dues par » le bailleur pour la jouissance de la rente: »

« Vu la Loi du premier Décembre 1790; »

« Considérant que le payement des contributions étant une charge » inséparable de la propriété utile, il ne doit être supporté que par ce» lui qui en jouit, c'est à dire par le preneur ou ses ayant droit; que » cette Jurisprudence, conforme au Droit commun, a été reconnue par » une Décision du Ministre des Finances rendue le 10 Avril 1792; »

« Considérant que la disposition de la Loi du 1790, qui autorise le

(1) Decreto 27 Aprile 1811.

» débiteur de rente à la retenue du cinquième sur la redevance, est
» textuelle et précise; que, par conséquence, le bailleur ne peut lui
» contéster ce droit, à moins qu'un pacte n'ait été stipulé dans l'Acte
» emphytéotique; »

« Considérant, pour ce qui regarde les emhytéoses consenties par
» les ci-devant Corps ecclésiastiques, pour lors exempts des imposi-
» tions, qu'il n'y a nul motif pour supposer qu'il eussent stipulé la con-
» dition de l'exemption de toute retenue, lorsque cette condition n'a
» point été expressement énoncée dans leur contrat; »

« Est d'avis: 1.° Que les contributions imposées sur les propriétés
» tenues à bail emphytéotique doivent être à la charge de l'emphytéote,
» lors même qu'il n'a point été astreint expressement à ce payement
» par l'Acte de bail; »

« 2.° Que l'emphytéote est autorisé à la retenue du cinquième sur
» le montant de la redevance, pour représenter la contribution due par
» le bailleur, à moins que le contraire n'ait été expressement stipulé; »

« 3.° Que le présent Avis soit inséré au Bulletin des lois. »

« Approuvé, en notre palais des Tuilleries, le 2 Février 1809 (1). »

Confrontando la parte dispositiva di questo Parere co'l testo del ricordato Decreto italiano 27 Aprile 1811, risulta in massima:

1.° Che l'imposta prediale dev'essere sempre pagata dal possessore o detentore del fondo.

2.° Che il possessore del fondo soggetto a livello, o ad altra simile prestazione, ha sempre il diritto ad un rimborso proporzionale al quinto della rendita stabilita dal concedente; e questo diritto viene stabilito per fatto della legge, nè abbisogna di alcuna convenzione per essere esercitato dal possessore. Questo rimborso si fa appunto mediante la ritenuta, che viene praticata dal possessore che pagò l'imposta intiera: ritenuta che viene ragguagliata su l'importare del quinto su 'l valore della rendita; dimodochè quando il debitore della rendita paga il creditore, pone in isconto del cànone annuale la corrispondente porzione d'imposta che doveva toccare al creditore, e che fu pagata a suo nome dal debitore medesimo.

3.° Contro questo diritto di ritenzione non si può opporre altra eccezione, che quella di un patto antecedente espressamente stipulato fra il livellante ed il livellario, co'l quale fosse stato concordato che tutta l'imposta prediale dovesse andare a carico del solo livellario,

(1) Vedi *Bulletin des lois*, n.° 225, Tomo XXXIV, pag. 27-28.

senza compenso da farsi dal livellante, e quindi senza veruna ritenuta del livellario.

4.° E quì è osservabile la dichiarazione relativa alla esenzione una volta competente ai beni ecclesiastici, e così dicasi ai beni privilegiati dei nobili e feudatarj. La legge non riconosce che l'esenzione vigente sotto il vecchio sistema possa operare a guisa di patto per caricare definitivamente il livellario, o altro debitore della rendita, del peso dell'imposta, e quindi togliergli il compenso o la ritenuta proporzionale di cui parliamo; attesochè tale esenzione operando per fatto della legge, non si poteva giammai considerare come libera e convenzionale fra le parti. Ciò ha luogo anche quando fosse intervenuto un patto espresso fra il concedente ed il concessionario; avvegnachè il patto altro non essendo in quel sistema che un mero atto famulativo della legge, ed un surrogato alla legge medesima, ivi la volontà delle parti non era operativa per creare un diritto, ma meramente dichiarativa per eseguire un obligo imposto dalla legge, la quale anche senza la volontà delle parti produceva per ministero proprio lo stesso effetto. Per la qual cosa venendo abrogata la legge attributiva del privilegio dell'esenzione, il patto fatto sotto l'impero della legge abrogata, come famulativo della medesima, cessa di aver vigore; ed in conseguenza il concedente, per non sottostare alla sua quota d'imposta sotto la nuova legge, abbisogna di un libero patto e di una nuova convenzione, operante per virtù propria della libera volontà delle parti. Questo è il risultato di diritto pe' i patti riguardanti i Corpi una volta esenti da imposte.

§ 1043. Ma questi risultati debbonsi forse applicare indistintamente alle rendite perpetue, una volta immobiliari, come alle rendite temporanee su' i fondi? Havvi forse oggidì eguale ragione di applicare il detto Decreto 27 Aprile 1811 ai livelli perpetui, come ai temporanei? Quì non parliamo del Regno d'Italia, e per conseguenza parliamo di un paese nel quale l'imposta diretta o prediale cade su le cose mobiliari, o sopra i capitali pecuniarj ipotecati su i fondi.

Non senza ragione cade quì questa osservazione; perocchè è cosa importante il notare, che nella legge su la contribuzione fondiaria in Francia vengono compresi anche i capitali pecuniarj e le rendite mobiliari; e di più è osservabile, che lo spirito del sovra riportato Parere si riferisce interamente al sistema delle contribuzioni fondiarie, stabilite con la legge del 1.° Dicembre 1790, riportata come norma nel detto Parere. Infatti con la detta legge sotto la classe delle contribuzioni fondiarie si comprende anche la tassa su i capitali pecuniarj, ossia su le

rendite mobiliari portanti ipoteca su i fondi; e ciò in conformità delle leggi introdotte sotto l'antico régime co 'l nome di *decimo* e *ventesimo*, con le quali fu caricata d'imposta ogni specie di rendita, e quindi anche le rendite mobiliari (1).

Da questo derivò al debitore, che paga l'imposta, il diritto di ritenuta proporzionale contro il creditore della rendita, ossia il capitalista, per assoggettarlo alla contribuzione addossatagli, e che fu pagata per suo conto. Una conferma luminosa di questa osservazione leggesi nei motivi e nella dispositiva della legge su l'interesse del denaro, già riportata nel *Giornale di Giurisprudenza* (2).

Quindi la mobilizzazione delle rendite fondiarie perpetue, introdotta in Francia con le nuove leggi, non produsse alcuna esenzione per

(1) Vedi la Nota n.° II. in fine di questo scritto.

(2) Tom. VIII. pag. 237 a 250. È osservabile alla pag. 238 (*) il passo in cui si cita la legge del 23 Novembre 1790. Questa è la stessa legge che viene citata sotto la data 1.° Dicembre 1790, come porta la rubrica del Bollettino; dimodochè gli oggetti stessi compresi sotto l'imposta del ventesimo con l'Editto del 1749, lo furono anche con la legge 23 Novembre, ossia 1.° Dicembre 1790.

(*) Ecco i MOTIVI DEL DECRETO 31 OTTOBRE 1807 SU L'INTERESSE LEGALE E CONVENZIONALE, qui citati insieme al testo del Decreto. (*Giornale di Giurisprudenza* del 1813, Tomo VIII. pag. 234 a 249.)

« *Decreto che stabilisce l'interesse convenzionale legale in materia civile e di commercio* (*a*).

31 Ottobre 1807.

NAPOLEONE, ec.

Visto l'art. 1907. del Codice Napoleone, abbiamo decretato e decretiamo quanto segue.

Art. 1. L'interesse convenzionale non potrà eccedere in materia civile il cinque per cento, nè in materia di commercio il sei per cento, senza deduzione.

Art. 2. L'interesse legale sarà in materia civile del cinque per cento, e in materia di commercio del sei per cento, parimente senza deduzione.

Art. 3. Allorchè sarà provato che il prestito convenzionale è stato fatto ad un frutto eccedente quello ch'è stabilito nell'art. 1., il sovventore sarà condannato dal Tribunale, avanti cui è introdotta la Causa, a restituire questo eccesso se lo avrà ricevuto, o a soffrire una proporzionata riduzione di capitale; e potrà anche essere tradotto, se vi sia luogo, avanti il Tribunale correzionale, per esservi giudicato a norma dell'articolo seguente.

Art. 4. Ogn'individuo che sarà prevenuto di esercitare abitualmente l'usura, verrà tradotto avanti al Tribunale correzionale; ed in caso di convinzione, sarà condannato ad una multa, la quale non potrà eccedere la metà dei capitali che avrà dati ad usura.

Se dal Processo risulti che vi sia stata scroccheria per parte del sovventore, questi sarà condannato, oltre la multa, ad una detenzione che non potrà eccedere i due anni.

Art. 5. Nulla è innovato relativamente alle stipulazioni d'interessi per contratti od altri Atti fatti sino al giorno della publicazione del presente Decreto.

Art. 6. Il Gran-Giudice Ministro della Giustizia del nostro Regno d'Italia è incari-

(*a*) Questo Decreto fu publicato presso di noi senza i Motivi. È cosa importante il conoscerli, per potere sciogliere un'altra questione importante, che giornalmente viene presentata, su la ritenuta dei carichi publici fra i livellarj e i direttarj.

li contribuenti delle publiche imposte; poichè tanto coloro che godevano rendite immobiliari, quanto coloro che godevano rendite mobiliari o in origine, o rese tali per fatto della legge, furono tutti assoggettati alla publica imposta.

---

cato della esecuzione del presente Decreto, che sarà inserito nel Bollettino delle leggi.

Dato dal nostro palazzo imperiale di Fontainebleau questo dì 31 Ottobre 1807.

NAPOLEONE.

Per l'Imperatore e Re
Il Ministro Secretario di Stato
A. Aldini (*a*).

Loi sur le taux de l'intérêt de l'argent.

Du 3 Septembre 1807.

Art. 1. L'intérêt conventionnel ne pourra excéder en matière civile de cinq pour cent, ni en matière de commerce de six pour cent; le tout sans retenue.

Art. 2. L'intérêt légal sera en matière civile de cinq pour cent, en matière de commerce de six pour cent, aussi sans retenue.

Art. 3. Lorsqu'il sera prouvé que le prêt conventionnel a été fait à un taux excédent celui qui est fixé par l'art. 1., le préteur sera condamné par le Tribunal saisi de la contéstation à réstituer cet excédent, s'il l'a reçu, ou à souffrir la réduction sur le principal de la créance; et pourra même être renvoyé, s'il y a lieu, devant le Tribunal correctionnel, pour y être jugé conformement à l'article suivant.

Art. 4. Tout individu qui sera prévenu de se livrer habituellement à l'usure, sera traduit devant le Tribunal correctionnel; et en cas de conviction, condamné à une amende qui ne pourra excéder la moitié des capitaux qu'il aura prétés à usure.

S'il résulte de la procédure qu'il y a eu escroquerie de la part de préteur, il sera condamné, outre l'amende ci-dessus, à un emprisonnement qui ne pourra excéder deux ans.

Art. 5. Il n'est rien innové aux stipulations d'intérêts par contrats, ou autres actes faits jusqu'au jour de la publication de la présente loi. (Bol. 158. N. 2740) (*b*).

Discorso dell'Oratore del Governo su la legge che stabilisce l'interesse convenzionale e legale in materia civile e di commercio.

« Signori! Uno degli oggetti che fissarono l'attenzione di Sua Maestà nel primo istante del suo ritorno fu quello di stabilire l'interesse legale e convenzionale. »

« Voi pur vedete, Signori, che questa materia è interamente legata al mantenimento dell'ordine sociale, alla restaurazione della publica morale, alla conservazione delle proprietà, ed alla sicurezza del commercio. »

« In tutti i tempi le nazioni civilizzate presero a regolare l'interesse del denaro. La loro Legislazione dovette variare. Infatti ciascun paese ha i suoi costumi, le sue abitudini inerenti al carattere nazionale, all'estensione del territorio, al numerario in circolazione, paragonato alla popolazione ed al commercio. »

« In Francia, prima dell'Assembléa costituente, non si conosceva in materia civile che l'interesse legale, il quale decorreva dal giorno della domanda in giustizia. »

« Le leggi non permettevano di stipulare interessi per un semplice prestito. Ciò nulla ostante in pratica si avevano introdotti dei mezzi indiretti per rendere fruttifera questa specie di contratto. »

« D'altronde la maggior parte dei Parlamenti avevano lasciato introdurre la massima, che gl'interessi pagati non si potevano ripetere. »

« In materia di prestito commerciale l'uso aveva però consacrato le stipulazioni dell'interesse. »

(*a*) Vedi *Bollettino delle leggi*, anno 1807, Parte III. pag. 1142. — (*b*) Vedi Sirey, Tom. VIII. Parte II. pag. 18-19.

Ma nel Regno d'Italia la cosa non è così. Quì non si conosce l'universale imposta francese; quì sotto il nome di *contribuzioni imposte su i* BENI *tenuti a livello* (come dice l'art. 1. del citato Decreto) non si può intendere che la prediale, la quale colpisce i soli beni immobili; dimo-

---

« Tal era lo stato delle cose, allorquando l'Assembléa costituente decretò, sotto il giorno 3 Ottobre 1789, che qualsiasi particolare, Corpo, Comunità o mani-morte potessero in futuro prestar denaro a tempo determinato con la stipulazione dell'interesse fissato dalla legge, senza innovare quanto praticavasi nel commercio. L'interesse legale era del cinque per cento, salvo il diritto di ritenzione. In materia civile l'interesse convenzionale poteva essere stipulato sino al cinque per cento. Ma anche in questo caso ammettevasi il diritto di ritenzione. »

« Fu solamente il giorno 23 Novembre 1790, che l'Assembléa costituente accordò di potere stipulare senz'aver riguardo al diritto di ritenzione. Il commercio seguitò nondimeno a regolarsi secondo la pratica, stipulando ordinariamente l'interesse del sei per cento, o la mezza per cento al mese. » (*Questo è precisamente il luogo in particolare citato nella Nota dell' Autore, alla quale ponesi la presente.*)

« Sì fatte prescrizioni non bastarono per impedire l'introduzione della carta monetata. Si accrebbe poi anche il male con la legge 11 Aprile 1793, la quale dichiarò espressamente che tutto il denaro era mercanzía. »

« La legge 6 Fiorile, anno II., pose in vigore quella dell' 11 Aprile; ma le conseguenze del principio proclamato non si facevano meno sentire nella maggior parte degli affari che allora si trattavano. »

« L'elevazione degl' interessi non era più che una speculazione ordinaria. Di là sorsero gli eccessi, in preda ai quali la maggior parte dei cittadini si diedero durante il corso di questi tempi turbolenti. Da ciò traggono origine le incertezze dei Tribunali, di cui gli uni avrebbero voluto elevare un muro contro l'usura, mentre gli altri sembravano mascherare tutti i mali che seco lei trascinava. »

« L'avvenimento di Sua Maestà, 18 Brumale, fu l'epoca del ritorno dell'ordine; i grandi principj dell'organizzazione sociale ritornarono in azione. »

« Finalmente il Codice Napoleone venne a porre le basi della Legislazione civile, e statuì su l'interesse legale e convenzionale. L'art. 1907. si esprime come segue. = L'interesse è legale o convenzionale. L'interesse legale è stabilito dalla legge; l'interesse convenzionale può eccedere quello della legge tutte le volte che la legge non lo proibisca. = »

« Il Codice lasciava dunque tutta la libertà nelle stipulazioni: soltanto esso dichiarava che la misura dell'interesse sta nella facoltà del Legislatore. Questa saggia circospezione si spiega con le circostanze nelle quali allora noi ci trovavamo. Non v'ha dubio che il germe di ogni miglioramento esisteva dopo l'avvenimento di Sua Maestà; ma tutte le tracce degli antichi infortunj non si erano potute ancora cancellare. La fortuna publica era assicurata; ma le fortune particolari si risentivano ancora della scossa che le aveva colpite, sia per la creazione della carta monetata, sia per altri avvenimenti, sopra i quali non dobbiamo tratenerci che per benedire la mano che ci salvò dal precipizio. »

« Il Codice Napoleone ha dunque fatto tutto ciò ch'era possibile nelle circostanze in cui comparve. Aggiungiamo che questo Codice, il quale non deve contenere che regole costanti, non poteva fissare la misura dell'interesse variabile di sua natura, e che bastava lasciarlo in potere della legge. Il tempo è giunto, o Signori, in cui trattasi di esaminare se questa fissazione sia necessaria. Basta, per decidere, gettare gli occhi su i mali prodotti e che ancora produce l'arbitrio nelle stipulazioni. È dimostrato che la tassa eccessiva dell'interesse del denaro intacca la proprietà ne' suoi fondamenti; che ruina l'agricultura; che impedisce ai proprietarj di fare degli utili miglioramenti; che corrompe le vere fonti

dochè il detto Decreto 27 Aprile 1811, autorizzante la *ritenuta*, non è applicabile che alla prediale, e solamente si può eseguire in fatto di prediale a carico del *proprietario* stesso dell'immobile.

---

dell' industria; che la perniciosa facilità di procurare guadagni esorbitanti distoglie i cittadini dalle professioni utili e modeste; e che finalmente esso tende a ruinare le famiglie intiere, ed a condurle alla disperazione. Lo stesso commercio è ben lungi dal reclamare contro questi principj. I negozianti onesti sanno che questa feconda sorgente della prosperità della nazione non è utile se non in quanto essa versa sopra operazioni naturali. Se il commercio si abbandona a speculazioni d'interesse, esso si allontana dalla sua strada, e finisce con l'arrestare i progressi dell' industria. Senza dubio alcuni capitalisti profitteranno della circolazione e dell' impiego dei loro fondi; ma è d'uopo anche ricondurre fra le classi laboriose quelli che dal loro stato vi sono chiamati. „

“ Quali circostanze potrebbero mai essere più favorevoli per rimediare a tutti questi mali? „

“ Mirate questa marcia sicura del Tesoro publico, la di cui influenza è sì grande! „

“ Ravvisate come tutto risente questo spirito d'ordine che il Governo ha stabilito! „

“ Non esistono più quelle operazioni, le quali non annunziano che il bisogno; più non esistono quei trafici, i quali divoravano una parte della fortuna publica, nello stesso tempo che davano luogo ad associazioni, le quali terminavano con la ruina di tante famiglie. „

“ Esaminate sopra tutto come la società si ricomponga. Ciascuna professione riprende il primiero suo lustro. Noi non l'ignoriamo, o Signori, che questa materia può dar luogo a grandi dissertazioni. Ma quì i ragionamenti astratti non potrebbero che ingannarci. Il principio che tutto domina è quello dell' ordine sociale. Tutte le volte che un oggetto ha una relazione diretta ed immediata con la società, importa che la legge impedisca che il corpo sociale non sia turbato con atti privati. Noi ne abbiamo già un grande esempio nelle transazioni su gl' immobili. La rescissione per causa di lesione fu ristabilita. Non v'ha dubio che la proprietà è un diritto sacro; ma l'esercizio di questo diritto dev' essere sottoposto alla legge (*a*). A canto del principio, il quale vuole che ognuno possa usare della sua cosa, ve ne sta un altro non men vero, cioè: importare allo Stato che le fortune non siano dilapidate; che le famiglie non siano spogliate; e che il bisogno non autorizzi un uomo destro ad impadronirsi di una proprietà a prezzo vile. „

“ Invano si dirà che la misura non deve dipendere che dalla posizione rispettiva di colui che dà il prestito, e di quello che lo riceve: di quello che dà a prestito, perchè potrebbe trovare altronde un impiego più utile, o almeno più solido; di quello che lo riceve, perchè potrebbe rendere la sua condizione migliore per li vantaggi che può fare anche pagando un interesse gravoso. Tutto ciò entra nelle minute applicazioni. „

“ Bisogna, non avuto riguardo ad alcuni fatti particolari che potrebbero verificarsi, provedere all' interesse generale: perocchè non basta dire che il contratto di prestito ad interesse è autorizzato; ma bisogna entrare, dando una legge, nelle viste che fecero introdurre questo contratto. „

“ I prestiti non si fanno d'ordinario che a riguardo delle proprietà fondiarie che si vogliono acquistare o liberare, o di qualche genere d'industria, per estendere e sostenere il quale cercansi mezzi. Da ciò segue, che la misura dell' interesse, affinchè la società non soffra, dev' essere relativa ai prodotti delle proprietà fondiarie, ed a quelli che una onesta industria deve procurare. — Distruggete questo equilibrio, e tutto sarà confuso. „

“ Si dirà che la fissazione dell' interesse potrebbe impedire a molta gente di trovare

(*a*) *Jus utendi et abutendi quatenus juris ratio patitur.*

Dico del proprietario, perocchè presso di noi il carico è fissato su la proprietà. In conseguenza di ciò l'art. 2. dispone, che « l'enfiteuta è » autorizzato a ritenere il quinto dell'ammontare del cànone per rap» presentare la contribuzione dovuta dal *proprietario.* »

---

imprestiti? Sebene ciò potesse accadere, il Legislatore non potrebbe curarsene assai. »

« Ma qui non consiste la questione; poichè se vi sono persone che hanno bisogno di prendere ad imprestito, ve ne sono altre che hanno bisogno d'imprestare. In Francia vi sarà sempre una grande abondanza di numerario, e questo numerario tenderà sempre alla circolazione. »

« Si vorrà forse dire che il ribasso dell'interesse essendosi generalmente già effettuato, non ha bisogno di veruna legge, e che conviene abbandonarsi agli avvenimenti, i quali non possono che procurare miglioramenti successivi? Questa opinione sarebbe pericolosa. Imperocchè è vero che nei luoghi dove gli affari si trattano lealmente l'interesse in realtà è diminuito; ma è altresì vero che in questi stessi luoghi vi sono persone che abusano della latitudine della legge attuale. »

« E voi, Signori, che tanto conoscete la situazione e gl'interessi dei Dipartimenti, non sapete quanto l'interesse eccessivo rode ancora i cittadini? »

« Non avete voi veduto, non ha guari ancora, a grande scandalo dei Comuni, caterve di uomini, già dedicati ai lavori dell'agricultura, alle arti, alle professioni liberali, ai mestieri, precipitarsi con furore nella voragine dei trafici usurarj? »

« Non avete voi veduto ne' paesi, nei quali il commercio è estremamente limitato, individui dell'ultima classe del popolo abbandonarsi a speculazioni esaggerate, e finire con le bancarotte, che sono divenute la calamità publica? Così una delle vostre più preziose speranze non era forse quella che l'Eroe della Francia libererebbe l'interno del suo Impero dagli orrori della usura? Non bisogna maravigliarsi se uomini moderati dubitassero se fosse convenuto di più lasciare le cose in arbitrio delle transazioni individuali: eglino non consultano che la loro coscienza, la quale è pura; essi non vedono che i soli proprj affari fatti onoratamente; eglino non pensano che alle loro operazioni pur troppo naturali: ma non è così che il Legislatore di un grande Impero deve considerare i rapporti della società. »

« Finalmente si vorrebbe forse opporre che se la fissazione dell'interesse convenzionale è utile in sè stessa, è però a temersi che la legge non sia eseguita? »

« Si potrebbe, prima di tutto, domandare se allorquando la necessità di una legge è riconosciuta, si debba astenersi dal farla, sotto pretesto che alcuni individui potrebbero sottrarsi dalla sua osservanza. Con questi principj cosa diverrebbe l'ordine publico? »

« Ma si può vivere sicuri che la legge sarà eseguita. Essa sarà eseguita dagli uomini che sono premurosi di eseguire le leggi dello Stato; e questi formano il più gran numero. Essa sarà eseguita da coloro che hanno creduto fino al presente di poter profittare della latitudine lasciata dalle leggi precedenti, e che non sarebbero capaci di rivoltarsi contro un regolamento di ordine publico. La legge sarà eseguita da coloro che temeranno di essere considerati come violatori della legge medesima; essa lo sarà da coloro che avranno timore d'essere convinti. Ogni uomo publico che s'immischia nelle transazioni dei cittadini, non tanto delicato nel fare imprestiti a condizioni illecite, sarà costretto di stare nei limiti della legge, pe 'l timore di perdere il suo stato. »

« Se colui che diede a prestito eccedette la misura, il Tribunale la ridurrà; se questi abbandonasi abitualmente all'usura, potrà essere condannato ad una multa della metà del capitale; se l'affare presenta caratteri di scroccheria, il prevenuto sarà sottoposto, oltre alla multa, ad una detenzione che non potrà eccedere due anni. »

§ 1044. Premesse queste osservazioni, vediamo = quale sia il senso e l'applicabilità del Decreto 27 Aprile 1811 nell'attuale período di Legislazione civile e finanziaria, e quali ne siano le pratiche conseguenze. =

“ Finalmente se si dicesse che forse non si potrà prevenire tutte le frodi, bisogna per lo meno convenire che si tentò di estirparle nella loro origine. Se si abusa con mezzi indiretti, la giustizia punirà. Di mano in mano che noi ci allontaneremo dalle antiche rimembranze, la legge giungerà a formare interamente l'abitudine nazionale. Così a noi pare di aver dimostrato:

1.° Che la fissazione dell'interesse convenzionale sta in potere del Legislatore.

2.° Che l'esperienza del passato comanda questa fissazione.

3.° Che le circostanze non possono essere maggiormente favorevoli. ”

“ Poche cose rimangono a dire su la misura da determinarsi. ”

“ Parliamo prima di tutto dell'interesse civile, ossia dell'interesse fra non-mercanti. La nazione aveva espresso il suo voto nelle assemblée dei baliaggi. L'Assembléa costituente l'aveva convertito in legge, autorizzando la stipulazione del cinque per cento. Il Progetto attuale differisce dai Decreti dell'Assembléa costituente soltanto in ciò, che, secondo i Decreti, la *ritenuta* aveva luogo se nella stipulazione non era stata dispensata. Invece in questo Progetto il cinque per cento è di diritto, libero e franco da qualunque ritenuta, salva la convenzione in contrario. Questa tassa viene determinata dai prodotti delle terre. ”

“ Rapporto al commercio, trovossi giusto fissare l'interesse per il prestito ad un mezzo per cento al mese. In molte piazze l'interesse è al di sotto del sei per cento. Ma il Legislatore dovette lasciare una certa latitudine. Il commercio avrà tutto ciò che può desiderare per le sue operazioni. Colui che dà a prestito ad un interesse maggiore si allontana dall'andamento degli affari ordinarj; colui che prende a prestito ad un interesse più grave, ha già nella sua casa il germe della sua distruzione. Montesquieu lo aveva detto: = A fine di eseguir bene le operazioni commerciali importa che il denaro abbia un prezzo, ma che questo prezzo non sia tanto considerevole: se esso è troppo alto, il negoziante, il quale vede che l'interesse costerebbe più di quello che potrebbe lucrare nel suo commercio, non intraprende nulla. = ”

“ La tassa del sei per cento compie adunque tutti i voti del commercio. Ed in quali circostanze questa fissazione avrà luogo? Allorquando lo sconto è al di sotto a Parigi, come nella maggior parte delle altre grandi piazze di commercio, ed allorquando tutto annunzia che deve migliorarsi in ogni luogo. ”

“ Le sagge misure che il Governo ha preso, e che vi sono state dal Ministro dell'Interno ieri manifestate, o Signori, nella sua esposizione dello stato dell'Impero, debbono necessariamente contribuirvi. La Banca di Francia avrà anche la gloria di concorrervi. Se i vantaggi ch'essa offre al commercio sembrano specialmente ridondare per Parigi, il bene ch'essa opera circola da vicino in vicino. L'aumento de' suoi mezzi reali deve necessariamente moltiplicare per essa le occasioni di rendersi utile: essa saprà impiegarli, onde continuare a meritarsi la protezione del Governo, senza giammai allontanarsi dallo scopo della sua instituzione, dalla natura de' suoi affari, e senza compromettere l'interesse degli azionarj, i quali hanno all'opposto il diritto di esigere che la loro proprietà sia migliorata. ”

“ Noi non abbiamo bisogno di avvertire, o Signori, che la nuova legge non deve aver effetto retroattivo. Avrebbe bastato riportarsi all' articolo del Codice Napoleone, il quale dispone che la legge non ha effetto retroattivo. Ma per evitare ogni indiscreta interpretazione, e prevenire tutti gli allarmi, il Progetto contiene un articolo, il quale dichiara che nulla è innovato relativamente alle sti-

A tale questione io rispondo co 'l seguente dilemma.

O sotto la denominazione di *beni tenuti a livello*, adoperata nel detto Decreto, voi volete comprendere anche i beni aggravati da rendite livellarie perpetue; o solamente quei beni che sono soggetti ad enfiteusi temporanea, nei quali il concedente è vero *proprietario*.

Se volete comprendere i primi, voi commettete un assurdo legale, incompatibile eziandio co 'l retto ed ovvio senso letterale del Decreto; se poi applicate lo stesso Decreto ai soli livelli temporanei, tutto corre a meraviglia sì pe' i rapporti di diritto, che per la retta intelligenza del testo.

La verità di questa risposta risulta dalle seguenti considerazioni. È cosa certa ed irrefragabile, che nei livelli perpetui l'enfiteuta, in forza delle nuove leggi, è divenuto pieno proprietario dei beni soggetti a livello; dimodochè tutta la proprietà riposa sopra di lui, altro non rimanendogli verso il direttario che il puro debito mobiliare della rendita, come di sopra fu dimostrato (1). All'opposto il direttario altro non è che

---

pulazioni d'interesse per contratti o altri atti anteriori. »

« Per ciò che riguarda l'interesse legale, il Progetto dice che non potrà eccedere il cinque per cento. Nello stato presente delle cose ha luogo il diritto di ritenzione; ma giammai si pensò che il debitore, il quale si lasciava tradurre in giudizio, non dovesse essere condannato a pagare un interesse eguale a quello stesso interesse cui era permesso stipulare. Questa innovazione parve utile: essa impedirà al debitore di mala-fede di creare incidenti per guadagnare un quinto a pregiudizio del creditore. »

« Tali sono, o Signori, i motivi che noi abbiamo creduto dover esporre per sostenere un Progetto che tanto interessa il cuore paterno di Sua Maestà. »

« Noi ve lo presentiamo con l'intima convinzione ch'esso non potrà cagionare verun ostacolo alle transazioni; che il commercio, lungi dal provarne inciampo, ne sentirà grandi vantaggi, e sopra tutto l'ordine sociale vi guadagnerà molto. »

« Noi vi confessiamo pure che speriamo di trovare un grande appoggio nell'esperienza che voi avete dei mali che il Progetto deve far cessare, e nella soddisfazione che voi dovrete trovare nel raffermare con la vostra sanzione una misura così conforme alla morale publica. » (Sirey, Tomo VIII. Parte II. pag. 19 a 22.) (DG)

(1) Una recente conferma di questa qualificazione, anche a senso dell'italiana Giurisprudenza adottata del Governo, noi la troviamo nelle Istruzioni ministeriali al Decreto 24 Genajo 1814, autorizzate dall'art. 11. del Decreto medesimo, ivi nell'art. 5. essendosi disposto come segue. « È imposta per una » volta soltanto la tassa dell'uno per cento su » tutti i capitali inscritti agli Officj delle Ipo» teche del Regno a titolo di mutuo, residuo » prezzo, censo, impiego, *ed altro titolo qual» sivoglia, nessuno eccettuato,* su i quali ca» pitali decorre interesse ed annualità in de» naro a favore del creditore. » Nelle Istruzioni sotto l'art. 5. fu soggiunta la seguente dichiarazione. « I debitori di livelli e decime » non sono compresi nelle disposizioni degli » articoli precedenti. » Sotto l'impero dell'anteriore Legislazione, nella quale i livelli e le decime erano cosa immobiliare quanto al titolo, ed anzi costituivano parte del dominio reale, questa dichiarazione sarebbe stata essa necessaria? Non mai; anzi sarebbe stata non solamente superflua, ma incongruente.

un mero creditore d'una rendita costituita a guisa di un censo; dimodochè l'imposta prediale non può giammai cadere su di lui nel sistema attuale della imposta italiana. Dunque lungi che la ritenuta, di cui parla il Decreto, si possa applicare all'imposta cadente su i beni tenuti a livello perpetuo ed aggravare il direttario, in oggi semplice creditore della rendita; si deve applicare soltanto ai beni soggetti ad enfiteusi temporanea, nei quali appunto l'imposta, che viene soddisfatta dall'enfiteuta, deve cadere in parte a peso del livellante come proprietario del fondo, il quale in forza di questa proprietà ritiene il dominio, e ne trae il cánone simile ad affitto temporaneo.

Questa conclusione si conferma ponderando attentamente e insieme confrontando le espressioni del testo recato. Di fatto ivi si parla del *proprietario*, e si contrapone all'enfiteuta. Questa locuzione quanto può essere conforme ai rapporti della nuova Legislazione, nella quale la proprietà sta tutta o presso il concedente o presso il concessionario, altretanto ripugna ai rapporti di Diritto dell'anteriore Legislazione, nella quale nè al direttario nè all'utilista potevasi applicare assolutamente l'attributo di *proprietario*, stantechè il dominio era diviso fra essi, ed entrambi venivano considerati come compadroni sotto due aspetti diversi. Ciò ritenuto, ne segue quì che il proprietario, di cui si parla nel Decreto, altri non può essere che il concedente del livello temporaneo, e non l'enfiteuta del livello perpetuo, per il motivo perentorio che il livellario temporaneo può bensì chiedere al padrone un rimborso d'imposta pagata corrispondente alla contribuzione dovuta dal proprietario; dovechè all'opposto l'enfiteuta, ch'è proprietario del livello perpetuo, non potrebbe ripetere che da sè stesso la deduzione di cui parla il Decreto: lo che in ultima analisi significa, non essere applicabile al livellario perpetuo la disposizione del Decreto medesimo.

Questa deduzione a carico del creditore della rendita livellaria perpetua non si potrebbe verificare che nel solo caso in cui i capitali mobiliari, ossia le rendite mobiliari medesime, fossero assoggettati ad imposta. Ma all'epoca del 27 Aprile 1811 le rendite mobiliari, derivanti da capitali, erano, come ognun sa, esenti da imposta.

Che cosa dunque dobbiamo concludere? Dobbiamo concludere che senza questa spiegazione i capitali livellarj e delle decime cadevano naturalmente sotto la frase generale di *rendite sotto altro titolo*; ma essendo intenzione di esimerle dalla tassa fu d'uopo spiegarlo espressamente, talchè siamo nel caso di applicare il trito canone, che *exceptio firmat regulam.*

Sarebbe inutile l'insistere ulteriormente su questa soluzione, perchè discende necessariamente come irrefragabile conseguenza dai princìpj sopra dimostrati.

XVI. Diritti conseguenti.

§ 1045. In vista della interpretazione ora recata del ricordato Decreto 27 Aprile 1811, ne derivano i seguenti corollarj di Diritto.

1.° Ogni direttario creditore di cànoni per livelli perpetui o simili a perpetui, ogni locatore a perpetuità ed ogni altro creditore di prestazioni fondiarie a titolo perpetuo, si deve considerare esente da qualunque imposta prediale caricata su i beni assoggettati alla rendita medesima fondiaria; ed in conseguenza egli non è altrimenti soggetto alla ritenuta contemplata nel detto Decreto, ma ha diritto di esigere il cànone e la prestazione nell'intiera sua quantità, senza deduzione alcuna, a favore del debitore della rendita medesima.

2.° Ciò ha luogo quand'anche nell'investitura o per qualunque altra maniera il creditore della rendita si fosse obligato per patto espresso di assumere in sè medesimo il peso dell'imposta prediale, o almeno l'obligo di bonificare al debitore una certa quota proporzionata alla quantità del cànone o della rendita. Imperocchè in forza delle nuove leggi essendo stata cangiata la natura dell'oggetto del contratto, e tolta la ragione fondamentale del patto stipulato, cessa *ipso jure* la forza e la disposizione del patto medesimo tanto nei rapporti fra privato e privato, quanto nei rapporti fra il privato ed il publico Tesoro, il quale ha in mira di esigere la prediale a carico dei soli proprietarj.

3.° Indebito quindi e senza causa fu il pagamento o la riduzione accordata dai creditori o direttarj a titolo perpetuo ai loro debitori, e molto più il pagamento o totale o parziale della prediale imposta su i beni soggetti a livelli o rendite perpetue; e però rimane ai direttarj o creditori medesimi aperto il diritto di ripetere l'indebitamente pagato.

4.° Che se fosse intervenuta Sentenza passata in giudicato, questa potrebbe bensì colpire i pagamenti passati dedotti in questione, ma non mai i pagamenti futuri, su i quali non poteva cadere la cosa giudicata. Nè a ciò potrebbe ostare una massima erronea spiegata dal Giudice o Tribunale, con la quale si assoggettasse il direttario o creditore allo stesso carico per obligarlo in futuro; avvegnachè con ciò si attribuirebbe all'opinione del Giudice la forza di disposizione regolamen-

tare, eccedente l'oggetto giudicato: lo che viene altamente vietato ed anche punito dalle nostre leggi civili e criminali (1).

5.° Per lo contrario le disposizioni del detto Decreto sono interamente applicabili alle enfiteusi temporanee, e la ritenuta ha sempre luogo in favore dell'enfiteuta, a meno che nella investitura non sia stato espressamente stipulato che l'enfiteuta non possa ripetere rimborso alcuno proporzionale dal direttario per rappresentare la contribuzione dovuta da lui.

6.° All'enfiteuta temporaneo, e rispettivamente al direttario padrone del fondo livellato, vengono e debbono venire applicate le massime già premesse, per determinare se debba aver forza di patto l'esenzione dalle publiche imposte, stipulata a favore dei direttarj altre volte privilegiati in forza di legge o di consuetudine, come in molti paesi erano gli ecclesiastici sì secolari che regolari, i feudatarj, ed altri aventi privilegi.

XVII. Se, data l'affrancabilità in Diritto, si possa fino all'affrancazione effettiva ritenere l'antica divisione del dominio, e quindi gli effetti conseguenti di Diritto.

§ 1046. Fino a quì ci siamo occupati di questioni di stretta Giurisprudenza, perchè tutti i nostri ragionamenti versavano nello svolgere ed applicare disposizioni puramente positive delle leggi emanate. Quì dovrebbe dunque aver fine ogni nostra trattazione su la materia dei livelli; e di buon grado risparmieremmo qualunque ulteriore discorso, se da taluni non fossimo provocati a ragionare della convenienza di lasciar sussistere la natura immobiliare ed il vincolo del condominio nei livelli perpetui, ed in altre rendite consimili, sino all' effettiva affrancazione: la qual cosa appartiene più tosto alla Ragione legislativa che alla Ragione giudiziaria, e semplicemente positiva.

L' assunto di coloro che opinano per la sussistenza di tali vincoli è fondato su 'l principio, che nelle mutazioni di proprietà, e quindi nel passaggio di un fondo livellario o per eredità o per alienazione fra vivi, si deve pagare la tassa di registro, come se il fondo fosse affrancato dal condominio, mentre pure il padrone diretto ritiene parte della proprietà affrancabile. Da ciò viene, che per il passaggio da un livellario ad un altro, pagandosi una parte di dominio non trasmesso, si paga in parte

(1) Art. 5. del Codice civile, co' suoi motivi. — Art. 127. del Codice dei delitti e delle pene, co' suoi motivi.

senza causa. Dunque pare che nell'intervallo, e prima dell'effettiva affrancazione, convenga mantenere il condominio, per ripartire equamente il peso delle imposte fra il direttario e l'utilista.

A questo discorso rispondo come segue. Prima di tutto io domando se esso possa conciliarsi con l'attuale Legislazione. O voi concedete che la legge abbia resi affrancabili i livelli perpetui ed altre simili rendite, o no. Se concedete il primo, allora cade ogni fondamento del vostro discorso, ed anzi esso si appoggia sopra un falso supposto, perchè il figurato condominio non esiste più, e quindi il proprietario livellario, che acquistò la vera proprietà del fondo, e che solo la ritiene per intiero, la trasmette pure per intiero al suo successore. Il diretto dominio allora non è che un peso simile ad un capitale pecuniario ipotecato su 'l medesimo, e però nium aggravio indebito vien fatto al possessore od acquirente, esigendosi l'intiera tassa della libera proprietà. Se poi volete che la legge non abbia resi affrancabili i livelli perpetui ed altre simili rendite, voi ristaurate la disputa, e ritornate ad una questione già sciolta.

§ 1047. Ma sorpassiamo questo assurdo, e per una disposizione di mera autorità tentiamo di conciliare l'affrancabilità con la divisione dell'imposta di registro da voi figurata. Non è egli vero che nell'intervallo fra l'affrancabilità e l'affrancazione, volendosi alienare un dominio diretto, si dovrebbe pagare il registro? ma questo non essendo mobilizzato, si dovrebbe pagare il diritto proporzionale proprio di un diritto immobiliare? Ma ciò sarebbe forse giusto? A buon conto il direttario, prima di tutto, si lagnerebbe d'un ingiusto aggravio, perchè senza ragione vorreste sottoporlo a tassa propria di un dominio immobiliare, mentre ne fu sottratto dalla legge, e ne fu caricato il livellario, come unico padrone riconosciuto. Inoltre si potrebbe querelare che la tassa è eccessiva, perchè pagando a titolo di oggetto immobiliare, pagherebbe più di quello che la legge attuale del registro importa, perchè in essa sono più aggravate le mutazioni dei diritti immobiliari, che quelle dei diritti mobiliari o pecuniarj.

Senza detrar dunque nulla ai diritti della Finanza, voi verreste ad aggravare indebitamente tutti i direttarj, e per una malintesa parzialità verso un livellario verreste a sopraggravare quella classe che più merita sollievo. Volendo servire non alla forza fattizia dei nomi, ma alla realtà delle cose, si trova che la posizione del direttario è diversa da quella dell'utilista; poichè il direttario, reso creditore privilegiato del canone o di qualche altro eventuale diritto, non può migliorare la sua sorte. L'utilista all'opposto è un vero proprietario, che mediante l'affranca-

bilità migliora e può assai più migliorare la sua sorte per tutti quei beneficj che vengono prodotti dalla libera proprietà.

Dunque dal vostro assunto verrebbe che la parte che dovreste sollevare sarebbe vie più aggravata; e quella che dovreste aggravare in correspettività del legale beneficio ottenuto sarebbe ingiustamente sollevata, caricandone il peso su l'altra. È certo che la legge del registro colpisce tutte le mutazioni di proprietà. Se dunque volete la proprietà divisa, diviso dunque sarà il pagamento dell'utilista e del direttario nel corso delle rispettive mutazioni di proprietà. Co 'l vostro giuoco pertanto non sottraete nè l'uno nè l'altro dall'imposta, ma bensì sacrificate indebitamente il direttario all'utilista, e nulla più. Chi vi autorizza a praticare tale soperchiería?

§ 1048. Ma lasciamo questo accozzamento mostruoso e contradittorio di cose, e poniamoci su 'l cammino retto della legge. Quanto l'irredimibilità delle rendite fondiarie è dannosa ad ogni sistema economico privato e publico, altretanto è giovevole l'affrancabilità da ogni vincolo immobiliare. La prima toglie quella libera proprietà da cui nascono tanti beni e comodi desiderati dal possessore, e tante altre operazioni e miglioramenti a perpetuità che si eseguirebbero da lui, s'egli fosse proprietario incommutabile dell'immobile posseduto. Essa di più frapone impacci nocivissimi alle contrattazioni degl'immobili: impacci che si amerebbe assai più togliere di mezzo mediante l'affrancazione, perocchè nei valori, specialmente d'affezione, degl'immobili, torna spesso assai più lo sborsare il capitale di un cánone o di altri diritti eventuali, di quello che soffrire o la deteriorazione del valore, o la servitù di un livello irredimibile.

L'affrancabilità per lo contrario porta seco tutti i beni della libera proprietà e del corso naturale dei beni, cioè di un corso che si adatta alle vicende dei bisogni, si piega a tutte le speculazioni utili del commercio, ed incoraggisce tutti i miglioramenti dell'agricultura e delle sostanze immobiliari. L'affrancabilità dunque in sè stessa è un beneficio accordato dalle nuove leggi al possessore del bene livellato, o soggetto ad altra rendita perpetua. Questo beneficio è consummato dal canto della legge co 'l pronunciare l'affrancabilità: non dipende che dal possessore di approfittarsene.

Per la qual cosa il Legislatore, che provede ai bisogni dello Stato con le publiche contribuzioni, non deve dipendere dall'arbitrio del privato per sospendere l'esigenza di un'imposta, il cui correspettivo beneficio fu già da lui accordato. Anzi, se ciò praticasse, egli mal farebbe;

perocchè aspettando ad esigere la tassa speciale del diretto dominio sino all' effettiva o libera affrancazione dell' utilista, sacrificherebbe la cosa publica a considerazioni di privato arbitrio; e, quel ch' è più, aggraverebbe fratanto iniquamente il direttario, tanto co 'l fargli pagare in caso di mutazione la tassa eccessiva d'un diritto immobiliare, quanto co 'l sottoporlo ad una indebita ritenuta per imposta prediale, od anche a pagarla tutta intiera in caso che ciò fosse stato pattuito anticamente. In ogni caso poi con questo sistema provocherebbesi un'abituale e molesta inquisizione finanziaria su tutti gli Atti di private affrancazioni, onde impedire che non si colluda a far frode alla percezione fiscale, nè si rechi altro detrimento. Ecco le conseguenze del divisamento proposto di dividere, dopo la pronunciata affrancabilità, l'imposta fra il direttario e l'utilista fino a che sia effettuata l'affrancazione.

Non è prezzo dell' opera il tratenersi più a lungo sopra uno spediente cotanto assurdo ed iniquo, e che d'altronde esce dalla sfera della Giurisprudenza.

ANNOTAZIONI

Nota I.

Estratto e nota dei Regolamenti italiani per le affrancazioni dei livelli, decime private, ed altre rendite fondiarie perpetue.

Pe 'l corso di dieci anni continui, incominciando dal 1801 fino al 1811, abbiamo leggi su le affrancazioni dei livelli, decime ed altre rendite fondiarie dovute al Demanio, come succeduto a Corporazioni soppresse.

I. Con la legge 25 Ventoso, anno IX. (16 Marzo 1801):

1.° È accordata l'affrancazione dei livelli transitorj *ad quoscumque*, costituiti a perpetuità, eccettuati gli appartenenti agli Stabilimenti di publica beneficenza ed istruzione, e quelli posteriori all'epoca del 1795 (art. 2. e 3).

2.° La tassa d'affrancazione dei livelli *in denaro* è fissata in un modo graduale, cioè al 3, al 4 ed al 5 per 100, incominciando dal 1700 retro, e dal 1700 venendo fino al 1795 (art. 4).

Per quelli poi costituiti in generi, mediante stima di tali generi al prezzo medio ch'ebbe luogo nelle rispettive Centrali dei Dipartimenti dal 1785 a tutto il 1795 (art. 5).

3.° I livellarj presentano petizione alle rispettive Agenzie dei beni nazionali, ec. — I primi inscritti hanno la preferenza.

Gli Agenti fanno la liquidazione, concludono le massime del contratto, che viene approvato dal Ministro della Finanza, e passano alla celebrazione dell'istrumento (art. 7. 8.) (1).

II. Con la legge 23 Germinale, anno IX. (13 Aprile 1801), si ripete letteralmente la legge antecedente, a riserva:

1.° Che pe' i livelli costituiti in denaro si stabilisce la sola tassa del 5 per 100 su 'l cánone convenuto.

2.° Si accorda ai terzi non-livellarj il diritto di pagare il diretto dominio, quando l'utilista (che dev'essere preferito) non affranchi entro 15 giorni (2).

III. Con la legge 14 Settembre 1802 non viene nulla innovato alle due leggi anteriori nè riguardo alla facoltà di affrancare, nè riguardo alla tassa, perchè quanto ai livelli transitorj *ad quoscumque* si riferisce alle norme prescritte dalla legge 23 Germinale suddetto (art. 13.); per le decime poi distingue se sono pagate in denaro o in natura. Quanto alle prime, determinato il prezzo su 'l novennio 1796 retro, fissa il capitale di lire cento sopra ogni lire cinque (art. 9.); quanto alle seconde, il capitale è parimente ragguagliato al 5 per 100.

---

(1) Vedi *Collezione di Leggi, Avvisi ec. dell'anno* 1800, Tom. V. pag. 242.

(2) Vedi la detta *Collezione*, Tomo VI. pag. 25.

Quello che havvi di particolare in questa legge si è, che più esplicitamente si rinova la dichiarazione della facoltà di affrancarsi di terzi, e se ne prescrivono le condizioni (art. 8).

Di più, si considera il caso che la rendita o decima fosse affittata, e si stabilisce l'indennizzazione per l'affittuario (art. 15.) (1).

IV. Succede il Regolamento conseguente per l'esecuzione della legge suddetta; e questo è del 27 dello stesso mese di Settembre 1802. Ivi è osservabile:

1.° La formazione delle tabelle normali dei prezzi per l'adequato della tassa dell'affrancazione (art. 3). L'approvazione di sì fatte tabelle appartiene alla Prefettura (art. 4).

2.° La conclusione del contratto di affrancazione (art. 8).

3.° L'approvazione del Prefetto, sentito il voto del Luogotenente di Prefettura.

4.° I termini per prelazione o posticipazione del proprietario affrancante (art. 10).

V. Subalternamente al Decreto regolamentare 27 Settembre suddetto, il Ministero delle Finanze, con sua Istruzione 3 Dicembre 1802, passò a disciplinare l'affrancazione dei livelli contemplati nell'art. 14. della legge 14 Settembre 1802, la quale statuì bensì discipline su i livelli transitorj *ad quoscumque,* e costituiti a perpetuità; ma non su quelli ch'erano costituiti a certe generazioni, i quali, finita la detta generazione, importavano la consolidazione dell'utile co 'l diretto, e quindi la reversione al direttario.

In forza di speciale facoltà, accordatagli dall'art. 16. del detto Decreto governativo, passò a tassare l'affrancazione di questi livelli a generazioni finite.

VI. Co 'l Decreto 17 Giugno 1804 i debitori verso la nazione di decime, censi e livelli vengono abilitati all'affrancazione, ristretto questo diritto allo stesso debitore, escluso qualunque cessionario (art. 2).

In tutto il resto si riferisce al Regolamento 17 Maggio 1804.

VII. Con l'art. 43. del Decreto 17 Luglio 1805 altro non si fa che ripetere la facoltà di domandare l'affrancazione a tutto denaro di livelli, decime, censi, e simili.

VIII. Co 'l Decreto reale 11 Febrajo 1806 (art. 7.) viene ripetuta la disposizione dell'art. 43. della legge 17 Luglio 1805; ma quanto al modo di esecuzione si rimette alle regole attualmente praticate.

Con l'art. 8. si permette l'affrancazione anche dei livelli posteriori al 1795, sempreché preceda la speciale dichiarazione del Ministro delle Finanze; e in caso di rettificazione e di transazioni succeda l'approvazione del Re (art. 8. e 9).

IX. Co 'l Decreto 12 Marzo 1806 si provede più tosto su 'l modo di pagamento, che su le altre discipline dell'affrancazione dei livelli, censi, ec.

X. Co 'l Decreto 4 Agosto 1807 vengono radunate in un solo punto le regole antecedenti su la tassa ed affrancazione dei livelli, decime, censi, ec.

---

(1) Vedi *Collezione di Leggi, Avvisi ec. dell'anno* 1802, pag. 345.

XI. Co 'l Decreto 1.° Ottobre 1808 si provede solamente su l' inammissibilità delle affrancazioni dopo scaduto il termine della restituzione.

XII. Co 'l Decreto 27 Maggio 1809 si assegnano le regole per le stime dei fondi, e deduzioni dei pesi.

Nella Sezione III. si ripetono le Disposizioni contenute nel Decreto 4 Agosto 1807.

Nota II.

Delle imposte, per le quali in Francia fu accordato il diritto di ritenuta.

Stato antico.

Les événemens malheureux qu'on avait succéssivement éprouvés durant la guerre de 1700, ayant fait craindre que les ennemis ne pénétrassent dans l'intérieur du royaume, Louis XIV. ordonna la levée d'un dixième (1) par une déclaration du 14 Octobre 1710, pour subvenir aux dépenses que les conjonctures rendaient indispensables.

La percéption de ce dixième devait, suivant la loi que l'avait établi, cesser trois mois après la publication de la paix; cependant on la continua jusqu'en 1717.

La guerre qui eut lieu après la mort du roi Auguste (2), fit rétablir le dixième par une déclaration du 17 Novembre 1733, qui fut enrégistrée au Parlement de Paris le 22 Décembre suivant. Cette loi portait que ce dixième cesserait trois mois après la publication de la paix; mais par un arrêt du Conseil du premier Janvier 1737, époque à laquelle la paix n'avait pas encore été publiée, le Roi, pour marquer à ses sujets la satisfaction qu'il avait du zele avec lequel ils s'étaient portés à lui procurer des secours, supprima le dixième, à compter du même jour premier Janvier.

La suppression portée par cet arrêt ne fut pas de longue durée, car la guerre s'étant rallumée après le décès de l'empereur Charles VI., le dixième fut rétabli par une déclaration du 29 Août 1741.

La paix fut conclue en 1748; mais la masse des dettes de l' Etat se trouva tellement augmentée, qu'en supprimant, par un Edit du mois de Mai 1749, le dixième établi en 1741, le Roi ordonna en même temps la levée et percéption du vingtième.

Voici les principales dispositions de cette loi.

« Art. 3. Voulons qu'à compter du dit jour premier Janvier 1750 le vingtième soit annuellement levé à notre profit sur tous les revenus et produits des sujets et habitans de notre royaume, pays, terres et seigneuries de notre obéissance, sans aucune excéption. »

---

(1) D'ogni specie di rendita, sì in natura che in denaro, come si vedrà più sotto.

(2) Di Polonia.

« 4. Tous propriétaires ou usufruitiers, nobles et roturiers, privilégiés et non-privilégies, même les appanagistes et engagistes, payeront le vingtième du revenu de tous les fonds, terres, prés, bois, vignes, marais, pacages, usages, étangs, rivières, moulins, forges, fourneaux et autres usines, cens, rentes, dîmes, champarts, droits seigneuriaux, péages, passages, droits de pont, bac et rivières, droits des canaux, et généralement de tous autres droits et biens, de quelque nature qu'ils soient, tenus à rente, affermés ou non-affermés. »

« 5. Comme aussi le vingtième du REVENU des maisons des villes et faubourgs du royaume, louvées ou non-louvées, ensemble pour celles de la campagne, qui étant louvées, procurent un revenu aux dits propriétaires ou usufruitiers, même pour les parcs et enclos des dites maisons étant en valeur, de manière que le vingtième ne soit levé sur chaque nature des biens contenus dans le présent, et dans le précédent article, qu'en égard AU REVENU, deduction faite des charges sur lesquelles dits propriétaires ou usufruitiers ne pourront être autorisés à faire la retenue du vingtième ; et à l'égard des forges, étangs et moulins, ils ne seront imposés au vingtième que sur le pied des trois quarts du revenu. »

« 6. Et pareillement le vingtième de TOUTE LES RENTES sur les clergé, sur les villes, provinces, pays d'Etat et autres, à l'excéption des rentes perpétuelles et viagères sur l'hôtel de notre bonne ville de Paris, sur les tailles .... »

« 8. Seront sujettes à la levée du vingtième TOUTES LES RENTES À CONSTITUTION SUR PARTICULIERS, RENTES VIAGÈRES, DOUAIRES ET PENSIONS, crées et établies par contrats, jugemens, obligations, ou autres actes, portant intérêts, comme aussi tous les DROITS REVENUS, ET ÉMOLUMENS DE QUELQUE NATURE QU'ILS SOIENT, attribués tant à nos Officiers qu'autres particuliers, Corps et Communautés, soit qu'ils leur aient été aliénés ou réunis; et pareillement les octrois et revenus patrimoniaux, communaux, et autres biens et héritages des villes, bourgs, villages, hameaux et communautés ; même les droits de messageries, carrosses et coches, tant par terre que par eau, et généralement tous les *autres biens, de quelque nature qu'ils soient, qui produissent un revenu.* »

« 9. Mais attendu que les propriétaires ou usufruitiers des fonds et héritages, maisons et offices, qui doivent des rentes à constitution, rentes viagères, douaires, pensions, ou intérêts, payeront le vingtième de la totalité du revenu des fonds sur lesquels les rentiers, pensionaires et autres créanciers ont à exercer ou pourraient exercer leurs hypothèques; voulons que le vingtième dû par les dits rentières, pensionaires et autres créanciers, soit à la décharge des dits propriétaires ou usufruitiers des fonds ; et qu'à cet effet, le dit vingtième soit par eux RETENU, lors qu'ils feront le payement des arrérages des dites rentes, pensions et intérêts, en justifiant par eux de la quittance du payement du vingtième des revenus de leurs fonds. »

« 10. Et comme pareillement les particuliers, Officiers, Corps et Communautés, même les Corps et Communautés des villes, bourgs, villages et hameaux, qui jouissent de droits, revenus et émolumens, de quelque nature qu'ils soient, droits d'octrois, revenus patrimoniaux, communaux, et autres biens et héritages, droits de messageries, carrosses, coches et autres, payeront le vingtième de la

totalité du revenu de tous les dits droits, émolumens, octrois et autres biens, lesquels peuvent être chargés du payement de rentes, pensions, droits, taxations, à quelque titre que ce soit; voulons que le vingtième dû par ceux qui jouissent des dites rentes, pensions, droits, taxactions, émolumens ou intérêts, soit à la décharge des dits particuliers, Officiers, Corps et Communautés, et des Corps et Communautés des villes, bourgs, villages et hameaux; et qu'à cet effet, le vingtième soit par eux RETENU, lors qu'ils feront le payement des dites rentes, pensions, droits, taxations, émolumens ou intérêts, en justifiant par eux de la quittance du payement du vingtième de leurs-dits revenus (1). »

Stato moderno.

I.

Décret de l'Assemblée nationale des 20, 22 et 23 Novembre 1790, donné à Paris le 1.er Décembre 1790.

Tit. I.

Articles généraux.

Art. 1. Il sera établi, à compter du 1. Janvier 1791, une contribution foncière, qui sera répartie par égalité proportionelle sur toutes les propriétés foncières *à raison de leur revenu net,* sans autres excéptions que celles déterminées ci après pour les intérêts de l'agriculture.

2. Le revenu net d'une terre est ce qui reste à son propriétaire, déduction faite sur le produit brut, des frais de culture, semence, recolte et entretien.

3. Le revenu imposable est le revenu net moyen, calculé sur un nombre d'années déterminé.

4. La contribution foncière sera toujours d'une somme fixe et déterminée annuellement par chaque Législature.

5. Elle sera perçue en argent.

Tit. II.

Assiette de la contribution foncière pour 1791.

6. Les propriétaires, dont le fonds gravés de rentes ci-devant seigneuriales ou foncières, d'agriers, de champarts ou d'autres prestations, soit en argent, soit en denrées, soit en quotité de fruits, feront, en acquittant ces rentes ou prestations, *une retenue* proportionelle à la contribution, sans préjudice de l'exécution de baux à rente, faits sous la condition de la non-retenue des impositions royales.

7. Les débiteurs d'intérêts et de RENTES perpétuelles CONSTITUÉS (2) avant la publication du présent Decret, et qui étaient autorisés à faire la retenue des

(1) Merlin, *Répertoire,* v. *Vingtième,* Tom. XIII. pag. 417. — (2) Censi consegnativi.

impositions royales, feront la *retenue* à leurs créanciers dans la proportion de la contribution foncière.

8. Les débiteurs des RENTES VIAGÈRES constituées avant la même époque, et sujettes aux mêmes conditions, ne feront la *retenue* que dans la proportion de l'intérêt que le capital eût porté en rentes perpétuelles, lorsque ce capital sera connu; et quand le capital ne sera pas connu, la retenue sera de la moitié de la proportion de la contribution foncière.

9. A l'avenir les stipulations entre les contractans, sur la retenue de la contribution foncière, seront entièrement libres; mais elle aura toujours lieu, à moins que le contrat ne porte la condition expresse de non-retenue (1).

II.

Loi relative aux retenues à faire sur les rentes ci-devant seigneuriales, foncières, perpétuelles ou viagères.

Donnée à Paris le 10 Juin 1791.

(Décret de l'Assemblée nationale du 7 Juin 1791)

Art. 1. Les débiteurs autorisés, par les art. 6. et 7. du Tit. II. de la Loi du 1. Décembre 1790, à faire une *retenue* sur les rentes ci-devant seigneuriales ou foncières, sur les intérêts OU RENTES PERPÉTUELLES, CONSTITUÉES avant la publication de la dite loi, soit en argent, soit en denrées, et des prestations en quotité de fruits à raison de la contribution foncière, la feront au *cinquième* du montant des dites rentes ou prestations pour l'année 1791, et pour tout le temps pendant lequel la contribution foncière restera dans la proportion fixée pour la dite année, sans préjudice de l'exécution de baux à rentes ou autres contrats faits sous la condition de la non-retenue des impositions royales.

2. Quant aux RENTES OU PENSIONS VIAGÈRES non stipulées, exemptes de la retenue, les débiteurs la feront aussi au cinquième, mais seulement sur le revenu que le capital, s'il est connu, produirait au denier vingt; et dans le cas où le capital ne serait pas connu, la retenue ne se fera qu'au dixième du montant de la rente ou pension viagère, conformement à l'art. 8. de la Loi 1. Décembre 1790. Ces proportions demeureront les mêmes pour tout le temps déterminé par l'article précédent.

3. Le débiteur fera la *retenue* au moment où il acquittera la rente ou prestation: elle sera faite en argent sur celles en argent, et en nature sur les rentes en denrées, et sur les prestations en quotité de fruits (2).

---

(1) *Lois et Actes du Gouvernement*, Tom. II. pag. 174. 175 e 176. Paris 1806.

(2) *Lois et Actes du Gouvernement*, Tom. III. pag. 281. Paris, etc.

DI ALCUNE REGOLE FONDAMENTALI

PER GIUDICARE

IN MATERIA D'IMPOSTE E DI TASSE.

Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* del 1813,
Tomo VIII. pag. 168 a 182.

I.

§ 1049. Più oggetti si presentano ai Giudici all'occasione di dover pronunciare in materia d'imposte e di tasse. Altri colpiscono il merito, ed altri l'ordine. Quì il merito riguarda il *debito* imposto dalla legge; l'ordine riguarda il metodo dell'esazione, i diritti e i doveri su ciò stabiliti.

Quanto al primo punto fa veramente meraviglia che si possano eccitare questioni di *massima* o per il titolo o per la quantità di una tassa, posto che per determinare l'una e l'altra cosa bastano sotto qualunque Legislazione regolare i soli occhi. Niun uomo di senso comune si avvisò mai di sostenere che dalla posizione di una tassa sia lecito dedurre un'altra tassa, e dalla quantità fissata sia lecito dedurne un aumento; lo che costituisce una seconda tassa. Si è bensì disputato se al tale o tal altro Governatore, al tale o tal altro Comandante militare, in certi casi autorizzati dalla necessità publica, competa il diritto di esigere sussidj senza una legge speciale; ma non mai se ad un Giudice, ad un Notajo, o altro simile, sia permesso o di autorizzare o di esigere una tassa *su gli atti e contratti oltre i casi e la quantità espressamente comandata dalla legge.* Movere una simile questione è lo stesso che domandare se sia lecito rubare. Cercare poi se la disposizione di una legge, che tassò certi atti civili, si possa trasportare ad altri enti civili, o se la tassa imposta si possa aggravare, è lo stesso che domandare se sia lecito a qualsiasi uomo, anche costituito in dignità, d'usurpare l'autorità del Sovrano per rubare le sostanze ai sudditi; vale a dire, se sia lecito commettere un delitto contro le costituzioni per commetterne un altro contro le proprietà.

§ 1050. Il diritto d'imporre tributi, tasse o gravezze per qualunque titolo, e sotto qualunque denominazione, è un diritto così esclusivo e per ragione essenziale così proprio al sommo Imperante, che non è possibile trovarne l'elemento nell'ordine privato, a meno che non si ricorra ad un libero accordo speciale conchiuso ogni volta co 'l privato contribuente. Il diritto coattivo delle imposte e delle tasse è invece un diritto appartenente alla ragione di Stato (1); uno dei diritti di maestà che non può mai intendersi *implicitamente* delegato a verun'Autorità subalterna, quantunque eminente, nè meno nelle più assolute monarchíe. « Niuno (dicevano gl'Imperatori) paghi cosa *alcuna* a titolo d'im-
» posta o sovrimposta dietro il solo ordine delle Prefetture; ma qual-
» unque imposta o sovrimposta, fosse anche munita del titolo solenne
» d'*indizione*, non dev'essere pagata se non è autorizzata da un ordine
» imperiale, o confermata ed approvata da Noi. In generale ogni gra-
» vezza non può essere indotta che da Noi, ed esatta coattivamente se
» non dietro la nostra autorità » (2).

§ 1051. Che cosa dovremo dire in un Governo, nel quale per le costituzioni il Re giura *di non esigere alcuna imposta, nè stabilire alcuna tassa, che in virtù della legge* (3)?

Posto questo principio, ne sono evidenti le conseguenze.

Se il diritto d'imporre qualunque gravezza o tassa è totalmente proprio del Re, niun Ministro, Direttore, Prefetto, Podestà, e qualunque altro funzionario, avrà diritto d'imporre o in generale o in particolare tassa veruna coattiva per autorità propria.

Dunque ogni gravezza o tassa da loro fissata senza l'autorità del Re sarà una usurpazione del potere sovrano, ed un attentato alle costitu-

---

(1) Vedi il senso di questa parola a pagina 560 di questo Volume VII.

(2) *Nihil superindictorum nomine ad solas Praefecturae literas quisquam provincialis exsolvat: neque ullius omnino* indictionis *titulus etiam solemnis immineat, nisi cum nostro confirmata judicio, et imperialibus nixa praeceptis, sedis amplissimae deposcat indictio, et cogat exactio.* Leg. 1. Cod. *De superindicto.*

Questo principio fu ritenuto anche nelle tenebre del Governo feudale, nel quale il diritto d'imporre gravezze o reali o personali o pecuniarie per propria autorità, e senza un correspettivo che poteva formare oggetto contrattuale, fu riposto fra i regali, come consta dalla Costituzione dell'imperatore Federico: *Feud.* Lib. II. Tit. 56.

(3) Il giuramento del Re è nei seguenti termini: „ Io giuro di mantenere l'integrità
„ del regno; di rispettare e far rispettare la
„ religione dello Stato; di rispettare e far ri-
„ spettare l'eguaglianza dei diritti, la libertà
„ politica e civile, l'irrevocabilità delle ven-
„ dite dei beni nazionali; *di non esigere al-*
„ *cuna imposta, nè stabilire alcuna tassa,*
„ *che in virtù della legge;* di governare con
„ la sola vista dell'interesse, della felicità e
„ della gloria del popolo italiano. „ Art. 19. del secondo Statuto costituzionale.

zioni dello Stato e alla proprietà, punibile secondo il Codice penale. — Se per lo contrario qualunque imposta e tassa non può essere stabilita che *in virtù della legge*, il contribuente non potrà essere obligato che in forza di una legge espressa emanata dal Re, e mai dietro il solo ordine di qualunque Autorità subalterna.

§ 1052. Dunque presentandosi il caso di un contribuente che ricusi di pagare un'imposta o tassa non istabilita in virtù di una legge espressa del Re, niun Giudice dovrà o potrà prestare il suo ministero per pronunciare la condanna del preteso contribuente. Il Giudice non riconosce ne' suoi giudizj altra norma che la legge; ed allorquando applica i regolamenti amministrativi emanati da inferiori Autorità, egli non pratica ciò come dipendente da tali Autorità, ma unicamente come dipendente dalla legge del Sovrano, che attribuì a tali Autorità la facoltà di fare tali regolamenti, e così partecipò loro una frazione del potere legislativo per le circostanze locali che non si potevano determinare in un regolamento generale. Su ciò si richiami quanto fu esposto nel *Giornale di Giurisprudenza* (1). Ivi più specialmente si vede essere del tutto mal fondato il timore di offendere l'Autorità amministrativa co 'l *rifiuto* a giudicare, perchè si tratta unicamente dei doveri sussidiarj dei Giudici civili, e non di autorizzare il Giudice a distruggere direttamente l'atto stesso irregolare ed incompetente dell'Autorità amministrativa. Questa funzione spetta all'Autorità superiore amministrativa, o d'officio, o per querela del privato indebitamente aggravato.

II.

§ 1053. Ma prescindendo dal caso di una tassa incostituzionale, e supponendola invece *legitima*, egli è da osservarsi il principio massimo ed eterno, che deve servire di guida perpetua a tutti i giudicati, non solamente in questa materia, ma in tutte quelle nelle quali havvi *conflitto di diritti publici e privati*.

S'egli è vero che il diritto delle publiche imposte è fondato unicamente su la publica *necessità*; s'egli è vero del pari che per sè stesso egli opera una detrazione alla privata proprietà; se il conoscere l'esistenza e i limiti di questa publica necessità spetta al solo Sovrano; se spetta a lui solo il diritto di colpire la privata proprietà: ne viene di necessaria conseguenza, che il carico non potrà dal Giudice essere mai

---

(1) Tomo I. pag. 341 a 360 (*a*).

(*a*) Il luogo quì citato si legge nel Vol. IV. della presente edizione, pag. 435 a 438, e pag. 942 a 947. (DG)

esteso al di là degli oggetti e dei limiti ai quali piaque al Sovrano di estenderlo. Il diritto originario e primitivo della privata proprietà resiste ad ogni altra detrazione; come un corpo elastico resiste a qualunque restrizione che venisse tentata da una minore potenza comprimente.

Dunque in materia d'imposte si deve ragionare e giudicare nella stessa maniera che si ragiona e si giudica nelle materie penali, in materia di nullità estrinseca, ed in qualunque altro oggetto nel quale vengono a conflitto due diversi diritti, e devesi dare la preferenza più all'uno che all'altro. L'interpretazione *estensiva* non solo sarebbe senza ragione, ma un vero eccesso di potere; anzi vera soperchiería al diritto che si volesse sacrificare. Dunque la sola interpretazione restrittiva (allorchè fosse necessaria una interpretazione) deve aver luogo.

§ 1054. Come dunque niun Giudice, niun Magistrato può avere autorità d'estendere l'effetto di una legge che restringe la proprietà o la libertà civile, in vista della publica causa, oltre i limiti *voluti* dal Legislatore, al quale unicamente spetta questa restrizione; così non potrebbe con più forte ragione estendere per via d'*induzione* una tassa da oggetto ad oggetto, nè aumentarne la quantità.

Tutto dev'essere espresso e positivo, per ciò stesso che tutto dipende dalla sola autorità e dal solo giudizio del Sovrano, che restringendo sempre, *in via di eccezione*, il diritto ordinario della proprietà privata, non permette che l'eccezione si estenda, perchè con ciò si verrebbe ad operare una seconda detrazione non comandata da lui.

§ 1055. Aperto una volta il varco per un solo centesimo, o per un oggetto benchè minimo espressamente non contemplato dal Sovrano, non si troverebbe più confine ove arrestarsi; e però la legge dev'essere inflessibile, e il giudizio rigoroso quando si tratta di un centesimo, come quando si trattasse di un millione; quando si tratta della tassa di un certificato, come quando si tratta della tassa di un'eredità di più millioni.

III.

§ 1056. Tutto il fin quì detto riguarda solamente il caso in cui si disputi *quale sia l'ente tassato*, *e quale e quanta sia la tassa imposta*. Quì il tentativo solo di argomentare o per analogía o per identità di ragione, onde trasportare la tassa o aumentarne la quantità, si deve considerare come un oltraggio alla giustizia e alla providenza del Legislatore.

In forza di questa providenza appunto sotto l'attuale Governo il Legislatore si occupò a fissare e a distinguere uno per uno tutti gli oggetti tassabili in ogni ramo sì di registro, che di salarj di tasse giudiziarie,

notarili, e di qualunque altro genere, facendo nel Codice dei delitti e delle pene reo di concussione ogni publico Officiale che esigesse od oltre o di più dell'oggetto e della quantità fissata (art. 174), ed aggiudicando in via civile la restituzione del mal tolto con tutti i danni ed interessi. (Veggansi le Tariffe per gli Atti civili dell'11 Settembre 1807, art. 224, e quella per gli Atti criminali della stessa data, art. 67. Decreto 21 Maggio 1811, art. 100. 136.)

§ 1057. La cosa non procede così limpidamente allorchè non cadendo veruna dísputa su l'*ente ipotetico* contemplato dal Legislatore, e su le altre regole dell'esigenza, si può trovar dubio se l'*ente concreto e pratico* del tale Atto o contratto *coincida* con l'*ente ipotetico* della legge. Allora la questione non è più di diritto o d'interpretazione di legge su l'ente tassabile o non-tassabile, ma bensì è di *puro fatto*, ed entra nelle competenze della interpretazione giudiziaria.

In questa categoría cadono appunto le questioni su la legge del registro. Di fatto, scorrendo la serie di quelle che si sono presentate nel Foro, si scorgerà che quelle che meritarono l'attenzione dei Tribunali non cadono, per esempio, su 'l caso se una vendita, una locazione, una retrovendita, una cessione siano soggette a registro: ma bensì se quel tal Atto particolare racchiuda i requisiti dell'ente tassabile già determinato dalla legge; se il valore di questo ente debba essere determinato più tosto nel tale che nel tal altro modo, con le tali imputazioni e deduzioni più tosto che con le tali e tali altre.

Molte altre questioni cadono, è vero, in materia di registro su i doveri subalterni che la legge impone, su i termini delle rispettive insinuazioni, su la responsabilità dei contribuenti, su le procedure, ec.; ma tutte queste sono estranee al nostro proposito.

§ 1058. Dunque per la pratica dobbiamo conchiudere, che quando la questione versa su l'*ente ipotetico della legge fiscale*, cioè se un dato Atto, contratto od oggetto sia o no tassabile, i Giudici debbono assumere per norma perpetua la sola *letterale* espressione della legge, senza ampliazione e argomentazione, attesochè senza ciò commetterebbero un eccesso di potere spogliativo della proprietà privata. Ogni arbitrio su ciò sarebbe una specie di prevaricazione, postochè *lo stato dei cittadini sta sotto la protezione dei Tribunali;* e per ciò stesso dalle costituzioni sono incaricati a tutelare con la loro autorità *sì la civile libertà, che la privata proprietà.*

§ 1059. Allorchè poi la questione cade su l'ente di fatto e su gli altri punti sopra contemplati, i Giudici debbono assumere per norma *la*

sola disposizione positiva della legge. La sua *mente* dev'essere indubitatamente raccolta dalla *lettera*, senz' argomentare nè dalla convenienza, nè dall'analogía, e molto meno dall' interesse. Se, per esempio, nella legge del registro si volesse far giocare il principio generale, che le *mutazioni* di qualunque proprietà essendo l' oggetto preso di mira dalla legge, si deve portare la stessa inquisizione nelle proprietà mobiliari come nelle immobiliari, perchè havvi identità di ragione; si argomenterebbe male e contro la positiva intenzione della legge, la quale trattandosi di tassare in una successione aperta gli effetti mobiliari e il loro valore, si riposò su la notificazione dell' erede per non inquietare soverchiamente con odiose ricerche una privata famiglia. Parimente se in vista della nota massima, che il denaro è un rappresentativo di tutti i valori e di tutte le proprietà, si volesse dedurre che la tassa per le mutazioni dei capitali pecuniarj debba essere *eguale* a quella dei beni o dei diritti immobiliari; si argomenterebbe male e contro il fatto positivo del Legislatore, il quale per favorire il commercio stimò opportuno di aggravare con una molto minor tassa la circolazione dei capitali pecuniarj.

Tanto è vero che in materia fiscale non è lecito argomentare come in materia di Diritto civile statuente, per la ragione differenziale già altrove allegata. Dunque gravissimo e perniciosissimo abuso di ragione e di autorità sarebbe quello del Giudice in materia d' imposte o di tasse di *applicare* la legge, argomentando non solamente da caso a caso, ma da oggetto ad oggetto, da quantità a quantità. Sempre è forza attenersi strettamente alla disposizione positiva della legge emanata, anche quando si tratta delle altre *materie secondarie* alla fissazione dell' ente tassabile, e della quantità fondamentale dell' imposta.

IV.

§ 1060. A maggiore schiarimento delle cose discorse fin quì, e ad oggetto di *giudicare* con piena cognizione, fa d'uopo distinguere la parte *statuente* dalla parte *esecutiva* della legge fiscale.

Quanto alla parte *statuente*, che sempre si suppone *chiaramente espressa*, conviene indagare, prima di tutto, quale sia la *funzione* propria alla quale la legge fiscale si è ristretta, e quali in conseguenza siano le norme del Giudice, onde determinare con sicurezza il vero debito capitale dei contribuenti. Quanto poi alla parte *esecutiva* della legge (che egualmente si suppone *chiaramente espressa*) conviene indagare quali siano i diritti e i doveri rispettivamente accordati o comandati ai

contribuenti, sì per eseguire che per rifiutare il pagamento dell'imposta stabilita.

§ 1061. Sotto il nome generico d'*imposta* si abbraccia quì *qualunque prestazione reale ordinata per diritto d'impero.*

Dicesi *qualunque prestazione reale* per distinguere il *tributo* dal *servigio;* la legge che colpisce le cose da quella che colpisce la persona; i rapporti che riguardano la *proprietà reale* da quelli che riguardano la *proprietà personale.*

Fu inoltre impiegata la denominazione di *prestazione* per abbracciare qualunque sorta di contribuzioni, sì in generi che in denaro, ordinata dall'Autorità suprema (1).

Si è posta nella definizione la qualificazione *che l'imposta sia ordinata a titolo d'impero.* Questa qualificazione propriamente costituisce il requisito essenziale dell'imposta, per diversificarla da qualunque altra prestazione avente un titolo civile o di obligazione personale *ex re*, cioè *in quantum in rem versum.* La suddetta qualificazione è di un uso universale specialmente nelle questioni feudali, onde distinguere le prestazioni aventi un titolo civile da quelle che, non avendo un tal titolo, si risolvono veramente in un titolo puramente regale per il gran principio, che la proprietà non può essere coattivamente colpita o vincolata se non per diritto di sovranità residente appresso il Capo dello Stato, o partecipata a qualche altra persona.

È quasi superfluo l'avvertire che il nome d'*imposta* conviene tanto alle publiche contribuzioni che vengono versate nel Tesoro dello Stato, quanto a qualunque tassa o salario che per ordine del Sovrano si paghi direttamente ad un Impiegato o ad un Officiale publico; perocchè pagandosi sempre per comando obligatorio del Sovrano, torna lo stesso per il contribuente, sia che si paghi immediatamente al Tesoro dello Stato, sia che si paghi alla persona del salariato.

§ 1062. Premesse queste nozioni, e cercando quale sia la funzione propria della legge fiscale, considerandola nella parte statuente, con-

---

(1) Sotto gl'Imperatori romani l'imposta ordinaria aveva abitualmente due rami: l'*annonario* e il *pecuniario.* Il primo serviva primieramente al mantenimento delle armate permanenti, e consisteva in frumento, orzo, vino e lardo; il secondo alle altre spese dello Stato. In questo secondo ramo occupava un posto principale la tassa su l'eredità e su i contratti.

Benchè l'imposta *in generi* non sia collocata presso di noi nel sistema *ordinario* delle publiche contribuzioni, tuttavía sotto un aspetto vige in quella parte di amministrazione che riguarda le *fazioni militari*, le quali importano tali prestazioni. Ho detto *sotto un aspetto*, perchè la sola prestazione è coattiva, e il prezzo viene compensato dallo Stato.

viene prima di tutto notare che questa funzione si restringe unicamente a sottoporre o non sottoporre ad imposta il tale o tal altro oggetto, e nel determinare in alcuni il modo di stabilirne il valore, onde applicarvi la tassa imposta.

Quì dunque conviene distinguere l'*ente tassabile* dalla *imposizione* operata dalla legge fiscale. La natura, la qualità, gli accessorj dell'*ente tassabile* sono tutte cose *anteriori*, e indipendenti dalla legge fiscale, la quale suppone l'*ente già esistente* con le sue qualità. Così, per esempio, nel linguaggio fiscale la *vendita*, la *donazione*, la *pèrmuta*, il *mutuo* ec. non hanno nè possono avere un significato diverso da quello che esse hanno nell'ordine civile. Dunque il dizionario fiscale, se mi è lecito il dirlo, quanto all'*ente tassabile*, è perfettamente lo stesso del dizionario civile.

I Giudici pertanto non possono temere di commettere verun equivoco assumendo i nomi degli enti fiscali nello stesso stessissimo senso in cui vengono assunti nel linguaggio civile. Dunque tutte le difficoltà non si potranno concentrare che nelle altre circostanze subalterne proprie della ragione fiscale.

§ 1063. Quì è necessaria un'osservazione, per vedere a che si possa circoscrivere il campo di queste difficoltà. Quando l'*ente tassabile* è semplice, non può cadere difficoltà veruna, attesa appunto la semplicità del soggetto. Come in Geometría affermando qualche cosa di un quadrato, di un circolo, di un triangolo, non può cadere difficoltà in conseguenza dell'idéa propria di queste figure, il concetto delle quali è semplice; così in materia di tasse, applicando il Diritto fisso ad un Atto di procedura o ad altro simile, non può cadere veruna difficoltà nell'applicare la legge (che essenzialmente dev'essere espressa), attesa la semplicità del concetto tanto dell'*ente tassabile*, quanto della tassa, che non soffre nè aumento, nè diminuzione.

Lo stesso non è negli *enti complessi tassabili*, nei quali la moltiplicità degli elementi, e sopra tutto la varia maniera con cui possono essere combinati, dando luogo ad un aumento e ad una diminuzione di tassa, richieggono una specie di chimica mentale per distinguere la ragione fiscale della legge, a meno che *ogni caso* ed *ogni combinazione* non sia stata espressamente contemplata. L'industria del Giudice allorchè la legge non presentò questi enti complessi ad uno ad uno, nè vi applicò la rispettiva tassa, sta nel determinare, con la scorta espressa della legge, qual effetto possa avere l'*unione* degli elementi semplici, onde importare più tosto l'una che l'altra tassa progressiva. Ecco a che

si riduce propriamente tutta la difficoltà nelle decisioni specialmente in materia di registro, quando si tratta del diritto proporzionale. Anzi puossi dire che tutte le difficoltà si circoscrivono d'ordinario dentro questo solo spazio, fuori del quale tutto procede con la maggiore evidenza per ognuno che voglia prestare un poco di attenzione al soggetto delle questioni.

Questo non è il luogo di entrare nelle discussioni appartenenti ad un tale ramo di tasse. Mi contento pertanto delle poche nozioni fondamentali e generali fin quì ricordate, rimettendo ad altro luogo ciò che appartiene alla ragione giudiziaria in materia di registro.

Nulla dirò del pari della parte esecutiva delle leggi fiscali, perchè questa è in sè stessa varia, e subordinata ai rispettivi rami d'imposta.

VARIE QUESTIONI DI DIRITTO E DECISIONI

TRATTE DAL GIORNALE DI GIURISPRUDENZA UNIVERSALE.

I Tribunali possono essi omologare l'Atto co'l quale un marito cede irrevocabilmente a sua moglie l'amministrazione de' suoi beni, volendo che questa cessione equivalga ad una interdizione giudiziaria?

Dal suddetto Giornale del 1812, Tom. III. pag. 120 a 128.

§ 1064. « Il Procuratore generale imperiale espone d'essere incaricato dal Governo di domandare l'annullazione di una Sentenza di prima Istanza di Parma, la quale contiene un manifesto eccesso di potere. »

« Con Atto notarile del 15 Ottobre 1807 Benedetto Galli, riconoscendosi incapace di amministrare i suoi beni da buon padre di famiglia per mancanza di esperienza, volendosi sottrarre agl' inganni ed alle sorprese altrui, e bramando che i suoi affari siano amministrati ed ordinati in una maniera lodevole, atteso il disordine nel quale attualmente si trovano per effetto della sua imprudenza; dichiara *di fare volontariamente ed irrevocabilmente* la cessione della suddetta amministrazione a Teresa Piccinini sua moglie, *di maniera che questa cessione equivalga ad una vera e formale interdizione giudiziaria;* e vuole a quest'effetto che, per adempiere alle solennità prescritte dall'art. 501. del Codice civile, il presente Atto sia sottomesso al Tribunale di prima Istanza di Parma, per essere da lui omologato. »

« All'indomani fu fatta istanza per l'omologazione di questo Atto, e li 24 dello stesso mese, dietro le conclusioni del Procuratore imperiale, si pronunciò un giudizio, che, = su l'appoggio della disposizione dell'art. 501. del Codice Napoleone, omologa la cessione dell'amministrazione de' suoi beni, fatta dal mentovato Benedetto Galli a Teresa Piccinini di lui sposa, per tutti gli effetti di ragione. Questo giudicato (soggiunge egli) alla diligenza delle parti potrà farsi spedire, significarsi, ed inscriversi su le tabelle che devono esporsi nella sala dell' Udienza e negli studj de' Notaj del Circondario, di conformità al disposto dall'art. 501. del Codice Napoleone. = »

« Ecco una interdizione pronunciata conseguentemente alla domanda e per il solo effetto del consenso della parte, di cui ella paralizza i diritti; ecco un marito che, in forza soltanto del suo consentimento ed istanza, è posto irrevocabilmente sotto la tutela della di lui moglie; ecco finalmente informato con solennità il Publico, che Benedetto Galli per espressa sua volontà è dichiarato incapace a contrattare. »

« Dipende adunque dalla volontà dei particolari il regolare l'esercizio dei loro diritti civili? Appartiene adunque ad un privato maggiore d'età, e che gode la pienezza de'suoi diritti, di rinunciare alla sua capacità, e di dire *io voglio essere incapace?* Certo che no. La legge sola regola lo stato e la capacità dei cittadini; essa soltanto può spogliarneli; essa esclusivamente può determinare e determina realmente le cause che ne importano la privazione: cause che devono sempre verificarsi dai Giudici con eguale solennità e precisione, prima di usare del diritto geloso e formidabile che loro fu da essa conferito. »

« Non si può (dice espressamente l'art. 6. del Codice Napoleone) derogare *da particolari convenzioni alle leggi che interessano l' ordine publico.* Ora quali leggi interessano maggiormente l'ordine publico di quelle che stabiliscono lo stato delle persone, e che, nel tempo stesso in cui con vincoli salutari legano il minore, lasciano al MAGGIORE il libero esercizio della sua individuale libertà? »

« E che? Non s'avvalora forse maggiormente questo principio co'l riflesso, che in vigore del contratto di matrimonio non può nè meno derogarsi ai diritti risultanti dall'autorità maritale su la moglie e i figliuoli, che appartengono al marito in qualità di capo di famiglia? L'articolo 1388. del Codice civile formalmente lo dichiara. E come mai il marito, con un semplice Atto celebrato durante il matrimonio, potrà sottoporsi volontariamente ed irrevocabilmente alla tutela della di lui moglie, spogliandosi dell'autorità della quale la legge lo ha investito? Ciò sarebbe, giova pur dirlo, il maggiore degli assurdi. »

« Ma richiamiamo specialmente la nostra attenzione agli artic. 490. e 491. del Codice Napoleone. L'art. 490. dispone che = ogni parente è ammesso a provocare l' interdizione di un suo parente. Lo stesso ha luogo per l'uno de' conjugi riguardo all'altro. = L'art. 491. aggiunge, che = in caso di furore, se l'interdizione non è provocata nè dal conjuge, nè dai parenti, essa deve esserlo dal Regio Procuratore, il quale potrà anche provocarla, in caso d'imbecillità o di demenza, contro una persona che non avesse nè consorte, nè parente conosciuto. = »

« Ad evidenza risulta dai due citati articoli, che se un individuo

avente una moglie od un marito o parenti conosciuti dichiara ad un Tribunale di trovarsi in uno stato d'imbecillità e di demenza, e domandasse la sua interdizione, il publico Ministero non potrà valutare la di lui domanda qual denuncia, onde passare ad una processura per farlo interdire. E come potrassi concepire, che non potendo il publico Ministero, dietro il consenso giudizialmente espresso da questo privato, domandare l'interdizione, lo possa poi quest'ultimo da sè in forza soltanto di un Atto notarile? Si potrà mai concepire che questo individuo, per solo effetto della sua volontà, possa provocare ed ottenere una interdizione che gli verrebbe ricusata, quand'anche co 'l mezzo e su le conclusioni del Regio Procuratore fosse domandata? »

« Ancora una parola a definizione della controversia. Nel Progetto del Codice Napoleone, composto dai Commissarj a tale effetto nominati nell'anno VIII., e che fu diramato a tutti i Tribunali perchè vi facessero le loro osservazioni, riscontrasi un Capitolo *del consulente volontario*, le cui disposizioni accordano ad ogni maggiore, che si crede incapace ad una retta amministrazione de' suoi beni, di domandare che gli sia nominato un consulente giudiziario. Questo Capitolo non trovasi nel Codice Napoleone: esso fu omesso nella redazione definitiva di questo Codice per le ragioni appunto che il Legislatore lo credette contrario alle sue mire. »

« Quindi un privato non può, dietro la sua domanda e per solo effetto del suo consenso, essere posto nello stato di un prodigo, cui la legge dà un consulente. E come mai potrà egli, in forza soltanto delle sue domande e del suo consenso, essere dichiarato assolutamente interdetto? S'egli è vero, come espressamente lo dice la legge 22. ff. *De regulis juris*, che nella permissione del meno quella del più si racchiude (*non debet ei, cui plus licet, quod minus est non licere*), sarà pur vera la massima, che la proibizione del più abbraccia la proibizione del meno. »

« Di conseguenza Benedetto Galli fece un ridicolo abuso di quella libertà che la natura e la legge gli diedero, consentendo alla propria interdizione in forza dell'Atto 16 Ottobre 1807. Il Tribunale civile di Parma ha dunque ecceduto i suoi poteri omologando quest'Atto; imperocchè vi ha sempre eccesso di potere quando un Tribunale omologa un Atto relativo ad oggetti che la legge non ha voluto sottoporre alle convenzioni dei particolari. Egli è perciò che con un Decreto del dì 6 Piovoso, anno XI., la Corte, dietro requisitoria fatta dall'esponente per ordine espresso del Governo, ha cassato, *siccome importante un*

eccesso di potere il più palese, l'Ordinanza emessa dal Tribunale civile di Saint-Gaudens, in conseguenza di un preteso giudizio arbitramentale, co 'l quale si dichiarò nullo un matrimonio in vigore di un compromesso sottoscritto dai due conjugi. Possiamo mai imaginarci un eccesso di potere più mostruoso di quello che consiste nello spogliare del suo stato e della sua libertà un uomo, senza la prova giurídica che egli ne abbia meritato, ed incorsa la privazione? »

« In forza di questa considerazione, ec. — Segnato Merlin. »

DECISIONE.

La Corte, visto l'art. 80. della Legge 27 Ventoso, e gli articoli 490. 491. 492. 493. 494. 496. e 498. del Codice Napoleone;

E ritenuto che dalle convenzioni particolari non si può derogare alle leggi che interessano l'ordine publico, e regolano lo stato dei cittadini;

Cassa, ec.

Del 7 Settembre 1808, Sezione dei ricorsi (1).

OSSERVAZIONE.

§ 1065. Dopo i principj esposti nella requisitoria sovra riportata, avvalorati dalla Decisione della Corte di Cassazione dell'Impero, che cosa dovremo pensare della seguente tesi?

« Un padre, che lasciò erede il proprio figlio nella parte disponi-
» bile de' suoi beni, ha diritto di proibirgliene l'amministrazione fino
» ad un certo tempo che *sorpassi anche la sua maggiore età*, nè da
» una tale proibizione s'induce nel figlio uno stato d'interdizione che
» si possa rivocare. »

Qual è la ragione di questa opinione? Eccola.

« Il testatore nella parte disponibile de' suoi beni era in facoltà di apporre qualunque condizione, purchè questa non avesse l'ostativa della legge; ma così è, che il testatore co 'l privare dell'amministrazione suddetta il proprio figlio non ingiunse una condizione proibita dalla legge. Dunque non indusse nel proprio figlio stato alcuno d'interdizione, per cui facesse d'uopo un apposito giudizio onde rivocarla, a termini dell'art. 512. del Codice Napoleone. »

Ma chi ha detto all'opinante che la detta condizione non avesse l'ostativa della legge? Forse la legge non osta a tutto ciò ch'è contrario all'ordine publico? Se osta all'ordine publico che un maggiore domandi

---

(1) Sirey, Tom. VIII. Parte I. pag. 470.

la propria interdizione, e se altri non la possono domandare che per le cause espresse dalla legge; con qual diritto potrà essere interdetta, anche per molti anni dopo la minorità, questa libera amministrazione da un terzo con un Atto privato, mentre è noto l'assioma legale, che *nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant* (1)? Forse che la facoltà di testare non è l'esercizio di un potere publico delegato al privato medesimo che fa il testamento, anzichè un atto di padronanza o di dominio particolare? Forsechè un testatore, che dispone di cose posteriori alla propria morte, non trae tutta la forza delle proprie disposizioni dalla volontà della società vivente, a cui solo appartiene il godimento della terra e di tutti i beni, e che a norma del proprio interesse ne dirige la sorte? Chi ha mai detto che la legge accordi maggior potere ad un privato testatore su lo stato civile altrui, di quello che essa stessa si è voluto riservare per la libera contrattazione e per il commercio delle cose in società? Chi ha mai detto che un terzo possa privarci d'un diritto di cui noi medesimi non possiamo disporre, e che la legge vuole conservato per l'ordine publico?

Il vivere per un dato tempo in uno stato di comunanza di beni senza poter esercitare il diritto di divisione, è assai meno odioso che l'essere spogliato per un decennio dell' amministrazione dei beni ereditarj. E pure la legge, che ha permesso di *domandare* questa comunanza all'erede (senza distinzione della porzione disponibile dalla porzione riservata) per un tempo non maggiore di cinque anni, non ha voluto accordare al testatore veruna facoltà ad obligare gli eredi a vivere uniti nè per un lungo nè per un breve tempo, nè quanto alla porzione riservata nè quanto alla disponibile (2); ma in ciò ha precisamente voluta la maggiore libertà, ed ha impedito ai testatori di limitare a capriccio agli eredi il libero esercizio della proprietà. Tanto è vero che tutto ciò che appartiene allo stato civile delle persone ed alla libera amministrazione della proprietà non fu mai lasciato o sottoposto all'impero dei testatori, ma esclusivamente riservato a quello della legge, la quale per cause espresse modera il libero esercizio della proprietà o acquisita o trasmessa, secondo le vedute del migliore ordine publico. La condizione pertanto che assoggetta l'erede all'altrui amministrazione per molti e molti anni, specialmente dopo la maggiore età apposta nel figurato testamento, si deve ritenere come non inscritta, per essere contraria all' ordine publico (3).

(1) Leg. 55. ff. *De legat.* 1.

(2) Codice Napoleone, art. 815.

(3) Nel *Giornale di Giurisprudenza*, Tomo VI. pag. 32-35, è riportata una Decisione

1.° *In un contratto di cambio d'un coscritto l'ipoteca convenzionale non si può acquistare altrimenti, che mediante rógito notarile.*

2.° *Le questioni dipendenti da un contratto di cambio di coscritto celebrato in concorso della Prefettura fra privati, sono di competenza dei Tribunali civili.*

Dal Giornale suddetto del 1813, Tom. VII. pag. 267 a 275.

(Fra Roulot e Penavere)

FATTO

§ 1066. Avanti al Prefetto della Senna, e mediante la di lui approvazione, fu, sotto il giorno 10 Settembre 1806, conchiuso un contratto di cambio di coscritto fra un certo sig. Boursier ed un certo sig. Roulot, in forza del quale il Boursier si obligò di pagare al Roulot la somma di 4400 franchi, e per sicurezza del pagamento egli ipotecò una casa situata a Parigi.

Quest' Atto non fu celebrato in rógiti di alcun Notajo, ma solamente avanti al Prefetto della Senna.

Quest' Atto, sotto il giorno 4 Ottobre susseguente dello stesso anno 1806, fu fatto dal medesimo Roulot inscrivere all' Officio delle Ipoteche di Parigi.

Il detto Boursier soggiaque a concorso dei creditori ipotecarj, fra i quali appunto si presentò il detto Roulot, come inscritto sotto il detto giorno 4 Ottobre, e si presentò pure un certo sig. Penavère.

Naque conflitto fra Roulot e Penavere per l' anteriorità di grado e d' ipoteca. Le parti contestarono la lite avanti il Tribunale di prima

---

della Corte di Cassazione, con la quale si stabilisce *non potere il padre di un minore interdetto nominargli un tutore per testamento, come lo potrebbe nominare ad un suo figlio minore, dietro la disposizione dell'articolo 397. del Codice Napoleone* (Codice Napoleone, art. 390. 397. 405. 505. 509.); alla quale Decisione l'Autore soggiunge: « Da » questa Decisione sempre più si manifesta » la illegalità della tesi censurata in questo » Giornale (Tom. III. pag. 126, *vedi poco so-* » *pra*), cioè = che un padre che lasciò erede » il proprio figlio nella parte disponibile de' » suoi beni ha diritto di proibirgliene l' am- » ministrazione fino ad un certo tempo, *che* » *sorpassi anche la maggiore età*, nè da una » tale proibizione s' induce nel figlio uno sta- » to d' interdizione che si possa rivocare. = » Se il padre nel suo testamento non può no- » minare un tutore ad un figlio maggiore già » interdetto, con molto maggiore ragione non » potrà interdirgli l'amministrazione di sua » privata volontà. » (DG)

Istanza della Senna. Penavère sosteneva contro Roulot, che la iscrizione dello stesso Roulot non fosse operativa per togliere il grado, perchè trattandosi d'acquistare ipoteca convenzionale su i beni del comune debitore Boursier, l'Atto doveva essere celebrato in rógito di Notajo publico.

Per lo contrario dalla parte di Roulot si pretendeva potesse bastare che l'Atto fosse celebrato avanti il Prefetto anche senza Notajo, perocchè acquistava la stessa autenticità e publicità.

Il Tribunale di prima Istanza della Senna, sotto il 30 Agosto 1810, con sua Sentenza fra le altre cose rigettò la pretesa di Roulot, e il grado assegnato al medesimo, su 'l motivo, che quantunque il suo titolo, vale a dire l'Atto di cambio del 13 Settembre 1806, celebrato in concorso e con l'autorizzazione del Prefetto fra lui e Boursier, fosse autentico; ciò non ostante non poteva conferire l'ipoteca convenzionale, perchè non era stato celebrato in rógiti di Notajo, come vuole la legge civile.

Di questa Sentenza del Tribunale di prima Istanza suddetto il signor Roulot si aggravò alla Corte imperiale di Parigi.

In pendenza del giudizio in grado d'Appello il Prefetto elevò, con Ordinanza del 19 Febrajo 1811, il conflitto di giurisdizione, pretendendo che questo affare, pendente presso la Corte suddetta, fosse di competenza amministrativa, trattandosi di un affare nel quale era intervenuto il fatto dell'Autorità amministrativa, posto che il contratto fra Boursier e Roulot era stato celebrato non solamente con la mera approvazione dell'Autorità prefettizia, ma in concorso della medesima per tutto ciò che poteva interessare la causa publica.

In forza di questo elevato conflitto il corso della Causa civile fu sospeso, e l'affare fu portato alla cognizione di Sua Maestà Imperiale, la quale, dietro Rapporto del Gran-Giudice Ministro della giustizia dell'Impero, emanò il seguente

DECRETO

A Cherbourg le 29 Mai 1811.

Napoléon Empereur des Francais, Roi d'Italie, Protécteur de la Confédération du Rhin, Médiateur de la Confédération Suisse;

Sur le Rapport de notre Grand-Juge Ministre de la Justice;

Vu l'arrêt du Préfet de la Seine, du 19 Février dernier, par le quel il revendique, pour cause de compétence administrative, l'affaire pendante par l'appel à la Cour impériale de Paris entre le sieur Pena-

vère pour suivant ordre et distribution du prix de deux maison situées à Paris, et vendues sur le sieur Boursier d'une part, et les créanciers inscrits sur le dit sieur Boursier d'autre part;

Vu le jugement du Tribunal de première Instance de la Seine, du 30 Août 1810, qui, entre autres dispositions, rejette de l'ordre la collocation faite au profit du sieur Roulot sur le motif que son tître, bien qu'authentique, n'a point été passé par-devant Notaire, et n'a pu, quoiqu'inscrit, conférer l'hypothèque conventionnelle;

Vu l'arrêt de la Cour impériale de Paris, du 14 Mars dernier, par lequel elle surseoit à faire droit sur l'appel jusqu'à la décision à intervenir sur le conflit;

Vu l'Acte de remplacement du 13 Septembre 1806, fait par le Préfet, et par lequel le sieur Boursier s'engage a payer au sieur Roulot la somme de quatre mille quatre cents francs, pour sûreté de laquelle il affecte et hypothèque une maison située à Paris, le quel Acte a été inscrit au Bureau des Hypothèques à Paris le 4 Octobre suivant;

Considerant que pour acquerir l'hypothèque conventionnelle le sieur Roulot devait faire passer l'Acte dont il s'agit par devante Notaire, et que dans tous les cas, l'affaire était du ressort des Tribunaux;

Notre Conseil d'État entendu;

Nous avons décrété et décrétons ce qui suit:

Art. 1. L'arrêt du Préfet de la Seine du 19 Février dernier est annullé.

Art. 2. Notre Grand-Juge Ministre de la Justice est chargé de l'exécution du présent Décret, qui sera inséré au Bulletin des lois (1).

Signé NAPOLÉON.

Par l'Empereur le Ministre Sécrétaire d'État
Signé LE COMTE DARU.

OSSERVAZIONI

§ 1067. Più cose si rilevano dal tenore di questo Decreto, tanto per la ragione civile, quanto per la ragione delle competenze di attribuzione.

I.

§ 1068. In ordine civile, che per acquistare l'ipoteca convenzionale in qualunque genere di affari non basta che l'Atto sia rivestito di una

(1) Vedi Sircy, Tomo X. Parte II. pag. 155.

qualunque autenticità comune agli Atti *d'Officio*, che si riconoscono come autentici nell'amministrazione generale dei publici affari tanto dal Governo, quanto dai privati; ma bensì ricercasi la speciale autenticità di un Atto notarile, al quale la legge speciale delle Ipoteche ha annesso l'effetto dell'acquisizione della ipoteca. Ecco la tesi generale formalmente stabilita dall'ultimo *considerando* del sovra recato Decreto imperiale.

II.

§ 1069. In ordine poi alla ragione delle competenze, si osserva essere stato formalmente definito: *que, dans tous les cas, l'affaire était du ressort des Tribunaux.* Questa dichiarazione per sè stessa significa che l'Atto contrattuale fra due persone, riguardante il cambio di un coscritto, in ciò che spetta l'*interesse civile e l'essenza del contratto stesso per le obligazioni e i diritti vicendevolmente contratti ed acquistati dai privati*, nonchè per gli effetti susseguenti di ragione civile, essendo di sua natura d'ordine puramente civile, importa che siano di competenza dei Tribunali civili tutte le questioni che possono insorgere sopra questi rapporti. Quì dunque il Prefetto della Senna non poteva avere alcun motivo di elevare conflitto nè per ragione del punto di *contestazione pendente* avanti la Corte imperiale di Parigi fra Roulot e Penavère, nè per ragione della *connessione* che la questione aveva co'l contratto di cambio celebrato avanti di lui e in di lui concorso. Non per ragione della *natura della questione pendente*, perchè tra Roulot e Penavère la contestazione cadeva essenzialmente sopra oggetti puramente reali e civili; e quindi la questione pendente avanti la Corte d'Appello della Senna era per sè stessa di natura civile. Di fatti la questione verteva unicamente su l'anteriorità di grado ipotecario sopra la sostanza di un debitore comune, e precisamente su le due case di ragione dello stesso situate in Parigi, e vendute per conto dei creditori; e si risolveva nel vedere se Roulot o Penavère dovevano essere l'uno all'altro preferiti nella distribuzione del prezzo ritratto, e ciò per l'interesse loro privato, e non altrimenti.

Quì dunque nulla si poteva rinvenire che potesse toccare l'amministrazione publica nè dal canto dell'interesse, nè dal canto della giurisdizione; e però non si poteva trovare pretesto alcuno, onde autorizzare la Prefettura ad entrare nella cognizione di questo affare.

Altro dunque non rimaneva che il motivo della *connessione* dell'affare con un Atto amministrativo. Ma nè meno per questo lato si poteva dar adito alla cognizione dell'Autorità amministrativa. Imperocchè egli

è certo che dove non è toccato l'interesse publico, e dove non si attenta ad una disposizione di Autorità amministrativa, non vi può essere motivo di fondare la giurisdizione amministrativa contenziosa in un contratto fra due privati, che di sua natura è di cognizione dei Tribunali. Egli è ben vero che l'oggetto occasionale del contratto era un cambio di un coscritto che per l'aspetto del servigio era militare; cosa per sè tutta di ragione amministrativa: ma egli è vero del pari che la natura della questione non alterava per nulla l'Atto del cambio concluso avanti la Prefettura, e co 'l di lei intervento; talchè nè il servigio militare, nè la disposizione amministrativa poteva dalla decisione dell'affare soffrire verun'alterazione, postochè la questione non cadeva nè su la validità, nè su gli *effetti proprj* del detto Atto, ma solamente su le conseguenze puramente civili, e precisamente su l'effetto ipotecario di detto contratto nell'interesse solo del privato creditore Roulot, e nei rapporti puramente civili.

Ridotto così l'aspetto della questione, essa ricade sotto la teoría generale delle competenze, e sotto la regola più volte ripetuta, che non basta la connessione materiale di un Atto civile con un Atto amministrativo per assorbire nella giurisdizione amministrativa anche la questione civile; ma si ricerca che la questione civile percuota l'Atto amministrativo o i suoi effetti proprj: senza di che si commetterebbe una usurpazione ed una confusione di poteri, e si sorpasserebbe la linea di separazione stabilita dalle costituzioni fra l'una e l'altra Autorità. Ecco la teoría ripetutamente avvalorata da questo Decreto imperiale, ed eccone la derivazione e l'armonía con la regola generale più volte avvertita, e sanzionata da Decreti e da Decisioni.

III.

§ 1070. Dunque la materia dei contratti per le coscrizioni militari non è punto una materia privilegiata, e che offenda la competenza civile nella cognizione delle questioni incidenti; ma all'opposto in punto di competenza essa è soggetta ed interamente regolata dai principj generali comuni a qualunque altro ramo di publica amministrazione. Dunque nelle rispettive contestazioni si deve far uso dei medesimi principj per la loro decisione.

QUESTIONE DI DIRITTO.

Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* del 1812, Tomo II. pag. 331 a 335.

È egli vero che non si possa agire in via civile per falso accidente, a senso del Tit. XI. Lib. II. del Codice di Procedura civile, se non quando trattasi di viziature, alterazioni, e tali altri materiali difetti della carta, e fino a tanto che ne sia ignoto l'autore; ma che per ogni altra falsità intrinseca dell' Atto, o perchè non sia seguito, o perchè sia seguito diversamente da quello che ha scritto l'autore del medesimo, si debba agire in via criminale?

Risposta.

§ 1071. Si distingue in questa opinione il falso consistente in una contrafazione o alterazione o intrusione materiale di scrittura, dal falso consistente nella enunciativa di un fatto falso in tutto o in parte, emessa da una persona avente dalla legge la publica fede su 'l fatto attestato: si applica quindi la procedura incidente civile al falso della prima specie, e non al falso della seconda.

Questa distinzione non è conforme al voto della legge.

L' art. 214. del Codice di procedura civile indica per soggetto della procedura di falso incidente i documenti falsi o falsificati, senza distinguere se la falsità o falsificazione consista in un falso materiale della scrittura o della firma, o più tosto in quel falso che consiste nell' enunciativa di fatti non veri. Sarebbe vano dire che la denominazione adottata dal Codice di procedura avesse ricevuto un senso ristretto alla prima specie dalle leggi coesistenti o anteriori, poichè il fatto smentirebbe tale asserzione (1).

La distinzione adottata dalla persona opinante come sopra, introduce adunque nel soggetto, che può formare la materia di una procedura di falso incidente, una *restrizione contraria* al senso della legge.

---

(1) Veggansi: Vouglans, *Loix crim.* Tomo I. pag. 220; D' Aguesseau, Arringa 45.; *Codice penale* del 1791; l'art. 1319. del Codice Napoleone, conforme all' art. 19. della legge 25 Ventoso, anno XI., su 'l notariato; i Motivi con cui ambe le leggi furono presentate alla sanzione del Corpo legislativo francese; il *Nuovo Codice penale*, art. 145. 147.

Aggiungasi un'altra considerazione dedotta dal confronto del Codice di procedura civile con quello di procedura penale. Il soggetto della procedura di falso-principale o incidente in via criminale è indicato con gli stessi termini impiegati nel Codice di procedura civile per indicare il soggetto del falso incidente civile. Per convincersene basta la semplice lettura dell'art. 679. del Codice di procedura penale unitamente all'art. 214. del Codice di procedura civile. L'ineguale estensione che la enunciata opinione dà al falso civile ed al falso criminale è dunque esclusa direttamente dalla letterale disposizione della legge.

L'opinante doveva tanto meno essere indotto alla distinzione adottata, in quanto che, confrontando i due Codici di procedura, non si può a meno di riconoscere che la procedura d'ambedue, per quanto è diretta allo scopo di preparare i materiali della prova su la verità o falsità del documento: 1.° è essenzialmente la stessa, il che suppone un'identità nel soggetto; 2.° è sottoposta alla sorveglianza del ministero publico; 3.° se è civile, si converte d'officio in procedura criminale, da che emergano degl' indizj su gli autori tuttavía esistenti della falsità; e se è criminale, convertesi d'officio in procedura civile, se più non esistono gli autori della falsità, o pure siano ignoti (1).

Di sopra si è considerato il Codice di procedura civile nel senso delle sue parole e nel confronto co 'l Codice di procedura penale: consideriamolo ora in rapporto alle leggi, da cui il titolo del falso incidente fu tratto. Questo titolo, salva l'omissione di alcune procedure inquisitorie e misteriose, e la variazione di alcune modalità accidentali, non è che la riproduzione del Titolo secondo dell'Ordinanza francese dell'anno 1737 su 'l falso incidente (2).

Fra i commentatori di quella Ordinanza niuno mai imaginò che l'accennato Titolo non fosse applicabile se non alle viziature ed altre alterazioni materiali della scrittura; anzi espressamente l'applicarono anche a quella specie di falso consistente nell'attestazione di fatti non veri, emessa da chi ha dalla legge la facoltà di far fede sopra il fatto attestato (3).

Lo stesso Tribunale di Cassazione francese ha inteso l'Ordinanza nel nostro senso. Certo sig. Petau, ricorrente in Cassazione, chiese al-

---

(1) *Procedura civile*, art. 239.; *Procedura penale*, art. 690.

(2) Vedi la detta Ordinanza, non che i Motivi e Rapporti del Codice di procedura civile, Titolo *Del falso incidente civile*; e la Decisione 24 Marzo 1809 della Corte di Cassazione. Sirey, Tom. I. del 1809, pag. 267.

(3) Vouglans, *Loix crim.*, Tom. II. p. 216; *Commento anonimo all'Ordinanza dell'anno 1670*, pag. 524. 575; Coffiniers, *Jurisp.*

l'udienza d'inscriversi incidentemente in falso civile contro la minuta della Sentenza impugnata, in quanto non enunciava che l'intervento di quattro soli Giudici, mentre, com'egli allegò, ve n'era intervenuto un quinto, di cui la minuta della Sentenza non faceva menzione. Ora è certo che il falso di questa minuta consisteva appunto nella falsità di una enunciativa, e non nelle viziature materiali della scrittura: ciò non ostante quel Tribunale di Cassazione dichiarò esservi applicabile il Titolo II. dell'Ordinanza 1737 su 'l falso incidente, e destinò una Corte perchè ne conoscesse in via civile (1).

Sia pertanto che si consulti la legge in sè stessa o in confronto alle altre, sia che si consulti la fonte loro; tutto concorre a dimostrare essersi da noi con verità asserito, che la distinzione voluta dal rispettabile opinante, di cui sopra, non è conforme al voto della legge.

---

des cours souveraines sur la procéd., Tomo IV. pag. 33.

(1) Decis. 28 Fruttidoro, anno IV., *Jurisp. des cours souveraines sur la procéd.*, Tomo IV. verb. *Faux incident civil*, Questione I. e II.

QUESTIONI DI DIRITTO.

Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* del 1811, Tomo I. pag. 110 a 118.

1.° *Perchè abbiavi luogo all' inviolabilità del segreto dovuto alla confessione, ed i Tribunali non possano ordinare la rivelazione, è forse necessario che vi sia stata una confessione realmente fatta al tribunale di penitenza, ovvero basta che il penitente ed il prete abbiano inteso di fare un atto religioso sotto il sigillo del segreto?*

2.° Quid *della fede promessa espressamente o tacitamente nelle nostre relazioni sociali?*

FATTO

§ 1072. Un individuo si presenta al sig. Laveine prete catolico, e Vicario di Mons, dichiarando ch' egli ha commesso un furto; che vuole confessarsene, e che reca al sig. Laveine, da lui scelto per confessarsi, il denaro involato, affinchè s' incarichi di farne la restituzione al proprietario.

Il sig. Laveine, vedendo che il principale scopo del dichiarante era di fare una *restituzione*, gli risponde che per quest' oggetto non era necessario di confessarsene in quel momento: lo induce dunque a spiegarsi in forma di conversazione su la restituzione da farsi.

Il penitente vi annuisce; ma fa osservare che in tutti i casi egli non intende parlare che al suo *confessore* e sotto il sigillo della confessione; vale a dire, sotto la fede di un segreto inviolabile.

Il prete Laveine non esita ad obligare la sua fede di prete catolico, ed il suo ministero di confessore.

Dopo di che, il penitente dà al prete Laveine tutti i possibili schiarimenti; índica la persona derubata; la somma da restituirsi viene affidata al prete Laveine, il quale ne fa la restituzione al Curato di Chievres, in pregiudizio del quale era stato infatti commesso un furto considerevole.

Ma il Curato di Chievres aveva interposta la mano della Giustizia criminale contro gli autori del furto; già tre individui erano stati posti in istato di arresto.

Nel corso della istruzione criminale il Giudice istruttore ebbe cognizione della *restituzione* fatta al Curato di Chievres dal sig. Laveine Vicario di Mons; e ne dedusse che il sig. Laveine poteva dare alla Giustizia degli schiarimenti positivi su gli autori del furto.

In conseguenza il prete Laveine venne citato come testimonio.

Il prete comparisce; acconsente di raccontare in qual modo egli sia stato incaricato di fare una *restituzione* di denaro al Curato di Chievres: ma quando gli si domanda quale sia il sesso ed il nome della persona che l'ha incaricato di una tale restituzione, il sig. Laveine dichiara di non poter rispondere, ritenuto ch' egli verrebbe per tal guisa a compromettere il penitente, che a lui si è affidato sotto la fede della confessione, e in séguito alla promessa, ch'egli ha espressamente fatta, di mantenere un segreto inviolabile.

Il sig. Procuratore generale della Corte di Gemmapes, fatto consapevole di un tale rifiuto, ha pensato che il prete Laveine s'ingannasse su l'estensione del suo privilegio di prete catolico: che, a dir vero, egli era dispensato dal fare alcuna rivelazione su tutto ciò di cui avesse avuto cognizione al tribunale di penitenza, e co 'l mezzo della confessione; ma che non potevasi dire lo stesso di tutto ciò ch'era avvenuto fuori del tribunale di penitenza; che nè il penitente nè il prete aveano potuto creare con la loro convenzione particolare un privilegio di non-rivelazione a riguardo di tutto ciò che ha avuto luogo fra essi nella loro conferenza confidenziale, ma puramente naturale o civile.

Domandò pertanto che piacesse alla Corte di « dichiarare che il » prete Laveine deve alla Giustizia l'intiera dichiarazione dei fatti che » sono pervenuti a notizia di lui fuori della confessione, particolarmen- » te della persona che lo aveva incaricato della restituzione, di cui trat- » tasi, ec. »

La decisione fu conforme a queste conclusioni. « Ritenuto che qual- » unque fatto affidato sotto tutt'altro secreto, che quello della confessio- » ne sacramentale, devesi rivelare alla Giustizia, quando essa ne ordini » la rivelazione per il bene dell'amministrazione della giustizia stessa. »

Il sig. Laveine ricorse in Cassazione, appoggiandosi all'art. 1. del Concordato 26 Messidoro, anno IX., ed all'art. 9. della Legge organica 18 Germile, anno X.

Egli sosteneva che l'Ordinanza impugnata attentava direttamente al libero esercizio del culto catolico; ch' essa tendeva ad allontanare i fedeli dal tribunale di penitenza; a far loro temere che il sigillo della confessione non fosse inviolabile.

Ma l'inviolabilità del sigillo della confessione era stata riconosciuta in massima: non trattavasi adunque di discutere la massima in sè stessa; trattavasi soltanto dell'applicazione di essa; trattavasi di sapere se l'inviolabilità del sigillo della confessione debba essere esteso ad una confidenza fatta da un penitente fuori del tribunale di penitenza, ma sotto la riserva accettata del sigillo della confessione; sopra tutto allorchè vi è stata, per parte del penitente, l'intenzione manifesta di fare una vera confessione.

Il sig. Merlin, Procuratore generale, ha pensato che la Corte di Gemmapes non avesse dimenticato nè il principio della libertà d'esercizio del culto catolico, nè il principio dell'inviolabilità del segreto della confessione; che la Corte di Gemmapes aveva soltanto ricusato di estendere l'inviolabilità del segreto della confessione ad una confidenza fatta ad un prete fuori del tribunale di penitenza; ed il sig. Procuratore generale non pensava per ciò che la Corte avesse contravenuto nè all'art. 1. del Concordato 26 Messidoro, anno IX., nè all'art. 9. della Legge 18 Germile, anno X.: egli conchiuse per la rejezione del ricorso.

DECISIONE.

La Corte, visti gli articoli 1. e seguenti del Concordato 26 Messidoro, anno IX., e la Legge 18 Germile, anno X.;

E ritenuto che risulta, che la religione catolica è posta sotto la protezione del Governo; che ciò che necessariamente si lega all'esercizio di lei deve per conseguenza essere rispettato e conservato; che la confessione si lega essenzialmente con li precetti di questa religione; che essa cesserebbe d'essere praticata dal momento in cui cessasse d'essere assicurata la di lei inviolabilità; che i magistrati devono dunque rispettare e far rispettare il segreto della confessione; e che un prete non può essere obligato a deporre, e nè pure essere interrogato su le rivelazioni ch' egli ha ricevute in quest' atto della sua religione;

Che, senza dubio, i preti sono sottoposti, come tutti gli altri cittadini, all'obligo di fare testimonianza in giudizio dei fatti che sono a loro notizia, allorchè questa notizia è loro pervenuta per tutt' altro mezzo che quello della confidenza necessaria della confessione; che non è a questo riguardo dovuto alcun maggior privilegio alla fede sacerdotale, di quello che alla fede naturale; ma che questo principio generale non può essere applicato al caso, su 'l quale è stato giudicato dalla Corte di Giustizia criminale del Dipartimento di Gemmapes; che in questo caso infatti, sebene la rivelazione fatta al prete Laveine non abbia avuto real-

mente luogo in un atto religioso e sacramentale di confessione, tuttavía essa non è stata determinata che dal segreto ch'era dovuto a quest'atto; che fu in quest'atto, e sotto la fede della inviolabilità di esso, che il rivelante ha voluto fare la sua rivelazione; che per sua parte il prete Laveine ha inteso di riceverla sotto la fede e l'obligo di questa inviolabilità; che la buona-fede e la confidenza dell'uno e dell'altro non possono rimanere ingannate da una forma, la quale non essendo relativa che all'effetto sacramentale della confessione, non può distruggere le obligazioni naturali e civili;

Che una decisione contraria in questo caso, snervando la confidenza ch'è dovuta alla confessione religiosa, nocerebbe essenzialmente alla pratica di un tal atto della religione catolica; ch'essa sarebbe in conseguenza in opposizione con le leggi che ne proteggono l'esercizio, e che sono state superiormente citate; *ch'essa ferirebbe d'altronde la morale e l'interesse della società;* — Cassa, ec.

Dei 30 Novembre 1810. Corte di Cassazione, Sezione criminale. Presidente il sig. Barone Baris. Relatore il sig. Vasse Saint-Oven.

§ 1073. N. B. Questa Decisione, che sembra decidere soltanto una questione relativa al culto catolico, ci pare suscettibile di estensione, e riportarsi ad un principio di morale publica.

Supponiamo che il ladro, invece di dirigersi al prete Laveine, si fosse diretto ad un secolare, per effettuare una tale *restituzione;* supponiamo che gli avesse detto: « Signore, io vi propongo d'essere mio » mediatore per compiere un dovere imperioso, ma pericoloso; io voglio » bensì *restituire*, ma non voglio però compromettermi: volete voi ac- » cettare questa missione? Io vi domando la vostra parola d'onore, che » voi mi manterrete un segreto inviolabile. »

Qual onesto uomo avrebbe esitato ad accettare una tale commissione? qual principio di Legislazione o di Morale potrebbe farvi ostacolo?

E se la commissione può essere accettata; se in questo caso un onest'uomo può obligare la sua parola d'onore di mantenere un segreto inviolabile; qual è l'Autorità competente per liberare da quest'obligo sacro? Il primo oggetto dell'ordine sociale, o della potestà publica, non è quello di *proteggere* tanto le *convenzioni legitime*, quanto le proprietà e le persone? Dunque non bisogna credere che per il ben publico possa giammai farsi luogo ad ordinare la violazione di *una promessa* fatta legitimamente.

V'ha di più; ed è, che non è nè men necessario che sia intervenuta una *promessa espressa* di segreto, perchè il segreto sia dovuto in un

modo inviolabile. Il segreto è di pieno diritto dovuto da qualunque persona rivestita di un carattere publico, le cui funzioni presuppongono necessariamente un'intima confidenza.

In tutti i casi bisogna rimontare all'origine della convenzione espressa o tacita; e se la Legislazione e la Morale hanno voluto o permesso che la convenzione venisse formata, è impossibile supporre che il Legislatore voglia discioglierla, od ingannare la fede promessa.

Tale mi sembra l'opinione della Corte regolatrice; poichè essa per motivi di Cassazione ha sussidiariamente invocati i *principj della Morale e l' interesse della società.*

(Sirey, Tom. XI. Parte I. pag. 49.)

SU L'OBLIGAZIONE NASCENTE

DAL

CONTRATTO DI VENDITA.

DECISIONE DELLA CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA.

Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* dell'anno 1812, Tomo II. pag. 192 a 197.

La nuda promessa di vendere una cosa è ritrattabile co'l restituire la caparra, per l'art. 1590. *del Codice civile; ma quando, oltre la caparra, siano intervenuti li requisiti costituenti il vero contratto di vendita, quali sono* cosa, prezzo *e* consenso, *siccome allora la promessa di vendere, per l'art.* 1589., *acquista il carattere di vera vendita, non si può da essa recedere nè meno con l'offrire la restituzione della caparra, dovendosi riputare irretrattabile per gli articoli* 1134. 1583. 1604. 1650. (Bologna 17 Aprile 1809, e 31 Agosto 1811.)

ANNOTAZIONE

§ 1074. Questa tesi viene riprodotta dalla Corte d'Appello di Bologna in tempi differenti, e sembra opinione presso di essa già confermata. Ma questa tesi o massima è forse certa? È essa, come sta esposta, conforme alle disposizioni del Codice Napoleone?

Dalla sola esposizione apparisce che la Corte suddetta distingue due sorta di *promesse*. L'una *generica*, che non racchiude una determinazione precisa e complessiva di un attuale e presente accordo di vendere, d'una fissazione del prezzo e della cosa: essa la chiama *nuda promessa di vendere*. L'altra è una promessa così *qualificata* dal consenso delle parti su la cosa e su 'l prezzo, che (fatta astrazione se intervenga o no caparra) presenta tutti i requisiti d'un contratto consensuale di vendita. Quanto alla prima specie, ossia alla *nuda promessa di vendere*, la Corte concede essere ritrattabile, e ad essa applica l'art. 1590. del Codice Napoleone. Quanto poi all'altra promessa *qualificata* con

tutti i requisiti della vendita, essa pretende che non sia ritrattabile con l'offerta di restituire la caparra, *mediante la quale è stata fatta la promessa di vendere.* « Quando oltre la caparra, dice il testo della Deci-
» sione, siano (nella promessa di vendere) intervenuti li requisiti co-
» stituenti il vero contratto di vendita, quali sono *cosa*, *consenso* e *prez-*
» *zo*, siccome allora la *promessa di vendere*, per l'art. 1589., acquista
» il carattere di vera vendita, non si può da essa recedere nè meno con
» l'offrire la restituzione della caparra. »

Da ciò è manifesto che la Corte suddetta sottrae questa seconda specie di promessa dalla disposizione dell'art. 1590. del Codice Napoleone, e riferisce questo articolo solamente al caso di una promessa generica, nella quale non concorra *cosa*, *consenso* e *prezzo*. Per lo che, a senso della Corte, l'art. 1590. non è un' *eccezione* dell'antecedente art. 1589., che parla della *promessa qualificata di vendere;* ma bensì una disposizione *indipendente*, riferibile soltanto alla *promessa generica*, spogliata dei requisiti del contratto di vendita.

Ridotta la tesi a questo punto, domando di nuovo se questo sia il vero senso del Legislatore; e però domando se l'art. 1590. contenga un' *eccezione* dell'antecedente, o una disposizione riferibile ad un'altra specie di promessa; e per conseguenza se la promessa di vendere, qualificata con tutti i requisiti del contratto, *fatta mediante caparra*, dia luogo o no a recedere dal contratto.

Nella esposizione dei motivi degli articoli 1589. 1590. leggo quanto segue. « Si le contrat, au lieu de renfermer une vente, contient une
» promesse de vente, la promesse a la même force que la vente même,
» dès que les trois conditions y se trouvent réunies: la *chose*, le *prix* et
» le *consentement* (art. 1589). LA LOI N'ADMET D'EXCÉPTION QUE LORS-
» QUE LA PROMESSE DE VENTE a été faite avec DES ARRHES (art. 1590).
» Cette stipulation comporte le consentement de la part de chacune des
» parties de regarder la promesse comme nulle, si l'une d'elles juge
» à propos de se désister DU CONTRAT; celle qui se désistera en sera
» quitté pour perdre les arrhes, si c'est elle qui les a données; ou pour
» le double, si c'est elle qui les a reçues. En effet, si l'intention des par-
» ties n'eut pas été de menager cette alternative, la stipulation d'arrhes
» n'aurait point d'objet » (Rapport du citoyen Faure sur la Loi relative à la vente. Séance du 12 Ventose, an XII. *Code civil*, Paris chez Firmin Didot, an 1804, Tom. VI. pag. 49). Questo passo non abbisogna di commento per comprendere che l'art. 1590. si riferisce alla *promessa qualificata di vendere*, contemplata nell'antecedente art. 1589.; e che

esso contiene una *eccezione* su la forza obligatoria ed irretrattabile della medesima, avvalorata dalla ragione *generale* tratta dall'apposizione e dall'intervento della caparra. Questa circostanza *di sua natura* importa di procurarsi appunto la facoltà di recedere dal contratto; imperocchè senza di ciò (dice l'Oratore) l'apposizione della caparra non avrebbe oggetto alcuno. Dunque è manifesto che l'intervento della caparra in una promessa di vendere, qualificata con la *cosa*, co'l *consenso* e co'l *prezzo*, produce di sua natura la facoltà di recedere dal contratto di vendita, come se il pentimento fosse stato dedotto in patto espresso al pari di qualunque clausola resolutoria. Tal è l'espresso senso del Legislatore.

« Il est un autre acte qui renferme la vente et qui en a tous les » effets, quoique sous une dénomination différente. C'est la *promesse* » *de vendre*. L'usage en est aussi ancien que celui de la vente, et il » n'y avait aucun inconvénient à le conserver. Il est bien entendu que » la validité de la promesse de vendre, qui ne peut avoir plus de fa» veur que la vente à la quelle elle est parfaitement assimilée, est sou» mise aux mêmes conditions que celle de la vente. Cela résulte suffi» samment de l'article 1589. »

« Il a cependant paru sage D'ÉTABLIR UNE EXCEPTION À CETTE RÈGLE » pour une espèce de promesse de vendre (qui n'est guère usitée que » pour les denrées et marchandises): c'est celle qui est faite avec des » arrhes. Il est dit dans le projet de Loi, article 1590., que *chacun* » *des contractants est maître de s'en départir*, *celui qui les a don*» *nées en les perdant, et celui qui les a reçu en restituant le double.* »

« Les idées n'étaient point fixées à ce sujet, et les usages variaient. » Il ne pourra plus à l'avenir y avoir de difficulté. La délivrance, et la » réception des arrhes détermineront le caractère et l'effet de l'enga» gement en le réduisant à une simple promesse de vendre, dont on » pourra se désister sous les conditions établies dans l'article. » (Exposé des motifs au Corps législatif, Séance du 15 Vent., an. XII., e Tom. VI. pag. 88-89).

Da questo passo risulta essere tanto lungi che il Legislatore parli qui della *nuda e generica promessa di vendere*, e della sua naturale rivocabilità, ch'egli anzi considera che l'apposizione della caparra apporti, per modo di *eccezione*, una rivocabilità che non è propria alla *promessa qualificata di vendere.* Aggiungo di più, che la caparra ha forza di *determinare il carattere e l'effetto dell'obligazione*, e di RIDURRE A SEMPLICE PROMESSA DI VENDERE un atto che, preso per sè stesso, non era tale.

Ma se per lo contrario da principio la *promessa qualificata di vendere*, presa *per sè sola*, dovesse caratterizzare l'obligazione, e in conseguenza dovesse rendere insignificante la caparra, come pretende la prelodata Corte, come si potrebbe verificare che la caparra determini il *carattere* e l'*effetto* dell'obligazione? Se da principio la promessa non fosse stata qualificata, come sarebbe possibile figurarsi che mediante l'opera della caparra venga *ridotta* allo stato di promessa pura e semplice? Pare dunque che la massima della Corte d'Appello di Bologna ripugni espressamente alla disposizione della legge, nè possa servire d'esempio.

SU 'L CONTRATTO DI LOCAZIONE.

Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* del 1812, Tomo III. pag. 244 a 253.

Un affittuario non può recedere dal suo contratto d'affitto anche offerendo di pagare al locatore i danni e gl' interessi che il recesso potrebbe cagionargli, ed ancorchè l'affittuario non voglia più abitare la casa appigionata, e non abbia la facoltà di subaffittarla.

L' obligazione che l' affittuario contrasse in questo caso non è risolubile nell'obligazione di rifondere i danni e gl' interessi.

(*Codice Napoleone, art.* 1142. 1717.)

FATTO

§ 1075. Con atto del 23 Novembre 1808 il sig. Boutros affittò una parte di casa alla signora Broquin vedova Lebrie. L' affitto fu fatto per cinque anni mediante la pensione di cento cinquanta franchi all' anno, e co 'l patto che l' affittuaria non potrebbe subaffittare ad altre persone la parte di casa da lei presa.

Nel 1810 la vedova Lebrie abbandonò la casa presa a pigione, e fece vendere una parte de' suoi mobili. Il sig. Boutros, essendosi opposto al trasporto di quelli che rimanevano, insorse lite fra il locatore e l'affittuaria avanti il Tribunale di prima Istanza di Magonza.

Il locatore Boutros dimandò che l' affittuaria Lebrie, postochè abbandonava la casa affittata, fosse tenuta a pagargli:

1.° La somma di 251 franchi e 50 centesimi, de' quali aveva fatta un' anticipazione per lei.

2.° La somma di 390 franchi per gli affitti di tre anni che dovevano scadere.

3.° In fine la somma di 200 franchi a titolo di danni ed interessi.

Contro questa pretesa la vedova Lebrie oppose, che l'obligazione di abitare in persona la casa affittata essendo una *obligazione di fare*, si doveva risolvere, in caso d' inadempimento, nell'obligazione di pagare i danni e gl' interessi; e che per conseguenza il locatore Boutros non poteva domandare nello stesso tempo il prezzo degli affitti, e i danni e gl' interessi. Egli dunque doveva acconsentire o al recesso dall' affitto,

ovvero che l'affittuaria potesse subaffittare ad altri la casa con l'obligo di rispondere del pagamento degli affitti. Essa soggiungeva poi, che in ogni caso il locatore Boutros doveva bonificarle i 150 franchi ch' essa gli aveva pagati anticipatamente a conto dei tre anni dell'affitto, ed altri 158 franchi che aveva prestato alla moglie di lui.

Il Tribunale di Magonza, con Sentenza del 7 Giugno 1810, dichiarò la rescissione dell' affitto, quando il sig. Boutros non amasse meglio di subaffittare la casa suddetta, ovvero di accordare all'affittuaria Lebrie la facoltà di subaffittarla. Nello stesso tempo condannò quest' ultima a pagare il secondo termine d' affitto che doveva scadere, attesochè questo termine è necessario alla relocazione: dichiarando che nel caso questa relocazione fosse d' un prezzo inferiore a quello dell' affitto conchiuso, la signora Lebrie sia condannata a garantire al sig. Boutros il pagamento della differenza, stantechè, in forza dell'art. 1760. del Codice Napoleone, in caso d' interruzione dell'affitto avvenuta per colpa dell'affittuario, questi è obligato a pagare il prezzo dell'affittanza per tutto quel tempo ch'è necessario alla relocazione.

Contro questa Sentenza il sig. Boutros ricorse in Cassazione, per violazione degli articoli 1134. e 1717. del Codice Napoleone, e per falsa applicazione dell'art. 1760. dello stesso Codice.

Ragioni del locatore.

Il ricorrente osservò ch' egli non aveva affittata la sua casa se non sotto la espressa condizione, che la signora Lebrie non potesse subaffittarla ad altri; che questa condizione non contenendo nulla di contrario alle leggi e ai buoni costumi, doveva per conseguenza essere eseguita in forza degli articoli 1134. e 1717. del Codice Napoleone. Imperocchè il primo di questi due articoli dispone, che le convenzioni legalmente formate tengono luogo di legge per tutti coloro che le hanno fatte; ed il secondo stabilisce, che un affittuario ha diritto di sublocare, ed anche di cedere il suo affitto ad altri, quando questa facoltà non gli sia stata interdetta: lo che può esser fatto o in tutto o in parte.

È vero che i primi Giudici non hanno espressamente attribuito all' affittuaria Lebrie la facoltà di subaffittare contro la volontà del locatore; ma è vero altresì ch'essi hanno violata la convenzione delle parti, perocchè hanno posto il locatore nell'alternativa o di soffrire la rescissione dell' affitto, o di permettere la relocazione. Se questa decisione dovesse restar ferma (proseguiva il ricorrente), ne seguirebbe che la condizione di non subaffittare resterebbe sempre di niun effetto; atteso-

chè l'affittuario potrebbe arbitrariamente obligare il locatore a soffrire o la violazione del patto, o la rescissione dell'affitto. Ad ogni modo considerando un affitto come un' obligazione di fare, risolubile nell'obligazione di risarcire i danni e gl'interessi, sarebbe lo stesso che considerarlo sotto un aspetto falso; perocchè l'obligazione dell'affittuario consiste principalmente nel non deteriorare la casa affittata, nel guarnirla di mobili sufficienti per rispondere della pigione, e nel pagar questa entro le rispettive scadenze: e però una tale obligazione non potrebb' essere assimigliata all'obligazione di fare contemplata nell'art. 1142. del Codice Napoleone.

Che il Tribunale di Magonza ha commesso altresì una falsa applicazione dell'art. 1760. del Codice, il quale vuole che in caso di rescissione per colpa del conduttore, questi sia obligato a pagare il prezzo dell'affitto durante il tempo necessario, *senza pregiudizio dei danni ed interessi che fossero risultati dall' abuso ;* che tale articolo non è applicabile, come risulta da queste ultime parole, che nel caso nel quale il locatore stesso ha domandato la interruzione dell'affitto a motivo dell'abuso che l' inquilino faceva della casa affittata: ma far dire alla legge che l' affittuario può fare sciogliere l' affitto quando a lui pare e piace, salvo al locatore il diritto di relocare la sua casa, e di agire contro l'inquilino per titolo di danni ed interessi, sarebbe lo stesso che prestare alla legge medesima un senso assurdo.

Ragioni dell' affittuaria.

La vedova Lebrie rispose, che il Tribunale non l'autorizzò a subaffittare la casa ch' essa teneva da Boutros, e che per conseguenza non fu violato l'art. 1717. del Codice, che vieta all' inquilino la facoltà di subaffittare allorchè ciò fu stipulato nel contratto d' affitto; che la questione si riduce dunque a sapere se l'inquilino che abbandona la casa affittata possa essere tenuto ad altro, fuorchè al risarcimento dei danni ed interessi verso il locatore; che, secondo il disposto dell'articolo 1728. del Codice, l' inquilino è tenuto ad usare della casa affittata secondo la destinazione data dal contratto d'affitto; che in forza di questo contratto la casa essendo stata destinata all' abitazione, esserlo non poteva che dall' affittuaria medesima, poichè il contratto le toglieva la facoltà di subaffittare; e per conseguenza la condizione impostale dal contratto si riduceva ad obligarla a rimanere nella casa affittata: lo che si risolve nell'esecuzione di un fatto personale, ciò che si riduce ad un' obligazione di fare o non fare. Ma così è, che una tale obligazione non può dar luogo

che all'azione di danni ed interessi di Boutros, secondo l'art. 1142. del Codice, che parla nei seguenti termini: « Ogni obligazione di fare o non » fare, in caso d'inadempimento per parte del debitore, si risolve nel ri» sarcimento dei danni ed interessi. » Dunque il Tribunale di Magonza avendo accordato al locatore il risarcimento dei danni ed interessi che egli poteva subire, non aveva violato alcuna legge, perocchè egli non poteva costringere l'inquilino a continuare ad abitare la casa affittata.

DECISIONE.

« Visti gli articoli 1717. e 1760. del Codice Napoleone. »

« Attesochè: 1.° Consta in fatto che nel contratto d'affitto del 23 Novembre 1808 era stato espressamente stipulato che l'affittuaria non potesse cedere ad alcuno l'abitazione che le era stata accordata dal ricorrente, ma ch'essa sarebbe in ogni caso tenuta ad occuparla in persona. »

« 2.° Consta in diritto che l'art. 1717. del Codice Napoleone dispone espressamente, che la clausola di un contratto d'affitto, con la quale è stato vietato al conduttore di subaffittare, ed anche di cedere il suo affitto ad altri, *è sempre di rigore;* e ne risulta che il conduttore, il quale non vuol continuare a godere per sè stesso, non può nè eludere, nè far modificare l'effetto di questa clausola, costringendo il locatore o a resilire dall'affitto, o a soffrire che il conduttore subaffitti. Che l'opzione lasciata al locatore di subaffittare egli stesso, e l'offerta fatta dall'affittuario di pagare, a titolo di danni ed interessi, ciò che mancasse al prezzo del nuovo affitto onde pareggiarlo al primo, non toglie che la clausola dell'affitto non sia rotta, e la disposizione della legge violata, attesochè ne seguirebbe sempre che mercè la volontà del conduttore, e contro la volontà del locatore, il divieto di subaffittare si troverebbe di fatto abrogato; che così il conduttore potrebbe far rescindere o cangiare l'affitto per il solo motivo di non volerlo eseguire; e che per ultimo risultato la clausola, che avesse interdetta la facoltà di subaffittare, si troverebbe puramente comminatoria e senza effetto. »

« Che questa violazione manifesta dell'art. 1717. del Codice Napoleone non può soltanto dar luogo al risarcimento di danni ed interessi contro il conduttore che ricusa di eseguire. »

« Che l'art. 1760. non si applica se non al caso in cui il locatore domandi di recedere dall'affitto per colpa dell'affittuario, e non mai al caso in cui l'affittuario stesso domanda di recedere, e la sua domanda manca di motivi fondati su la legge, ed unicamente deriva dalla volontà

di non eseguire gl' impegni contratti con l' affitto; che altrimenti se il conduttore che ricusa di eseguire la clausola dell'affitto, con la quale gli fu vietato di subaffittare, fosse sciolto da ogni obligo ulteriore, soddisfacendo ai danni e agl' interessi, con la facoltà o di subaffittare, o di far pronunciare l' interruzione dell'affitto, non sarebbe più vero che la clausola fosse *sempre di rigore.* »

« Che adunque l' applicazione che si volesse fare al caso presente dell' art. 1760. non si potrebbe conciliare con la disposizione espressa e letterale dell'art. 1717. »

« D' onde segue che la Sentenza impugnata ha apertamente violata la disposizione dell' art. 1717., e falsamente applicato l'art. 1760. co 'l dichiarare l'affitto interrotto, quando non piacia al ricorrente di acconsentire che l'affittuaria subaffitti gli oggetti presi a pigione, ed autorizzandola, in mancanza che il ricorrente scelga l'uno o l'altro partito, ad affittare ella stessa la parte di casa per tutto quel tempo che rimane ancora a compiere l'affitto concordato. »

« La Corte, senz' avere riguardo all'eccezione d'inammissibilità proposta dalla rea convenuta, cassa ed annulla. »

« Del 12 Febrajo 1812. — Corte di Cassazione, Sezione civile. (Sirey, Tomo XII. Parte I. pag. 215.)

OSSERVAZIONE.

§ 1076. Da questa Decisione puramente negativa risulta soltanto, che per sola volontà dell' inquilino non si può cangiare nè la natura nè gli effetti del contratto d'affitto, avvegnachè le clausole del medesimo sono dichiarate *di rigore.*

Risulta in particolare che la proibizione di subaffittare è assoluta, talchè la facoltà contraria non può, contro la volontà del locatore, essere mai autorizzata, nè questi può essere mai posto in un' alternativa contraria alle condizioni e clausole del suo contratto.

Ma da ciò viene forse la conseguenza che l'inquilino sia costretto ad abitare in persona la casa per tutto il tempo dell'affitto? Altro è dire che l'inquilino non possa sostituire altri in suo luogo, e cessare dal pagamento della pigione, o rendere mal sicura la cauzione del locatore; ed altro è dire che l' inquilino debba egli stesso abitare.

Quanto alle suddette condizioni è manifesto che non si possono cangiare, perchè formano parte sostanziale del contratto; quanto poi all'abitazione personale, non si può dire ch' essa formi parte del contratto, si

perchè il divieto di subaffittare ad altre persone altro non importa che la privazione della facoltà del subaffitto, nè mai la positiva servitù personale dell'abitazione; e sì perchè ciò spesso si opporrebbe all'adempimento di quegli officj e di quei diritti, ai quali sommamente importa di soddisfare.

Dunque, a fine di conciliare tutti gli estremi del contratto co' i diritti del locatore e con gli oblighi del conduttore, dovrò conchiudere non poter egli subaffittare la casa locata ad altri; ma poter lasciarla vacante, pagando tutti i termini dell'affitto al locatore, mediante sicura cauzione per il futuro pagamento, ed il correspettivo privilegio a favore del medesimo stabilito dal contratto o dalla legge.

OSSERVAZIONE GENERALE

SOPRA LE FORME TESTAMENTARIE (1).

Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* del 1812, Tomo IV. pag. 77 a 79.

---

§ 1077. Se si consultino le Decisioni tanto dei Tribunali italiani, quanto dei francesi, si troverà sempre che le questioni insorte su la menzione delle adempiute formalità estrinseche dei testamenti versano su casi nei quali la legge o espressamente o per equipollenza ingiunse l'obligo della menzione; nè mai si presenta il caso figurato da principio, in cui concorrano le due circostanze, cioè quella di dover adempiere una formalità, e quella che la legge *non ne abbia* veramente *ingiunta* la menzione.

Considerando per altro la cosa in una veduta eminente e generale, tosto si scopre che se il Legislatore, nell'atto di ordinare una formalità testamentaria, avesse anche ordinata *sempre* la menzione, la questione sovra proposta diverrebbe in pratica totalmente oziosa, stantechè non trovandosi alcun caso nel quale si potesse verificare che la legge abbia ordinato l'adempimento di una formalità e non ne abbia ad un tempo comandata la menzione, la questione astratta, nella quale si supponesse il caso diverso, diverrebbe puramente ipotetica, e per la pratica totalmente oziosa. Ora esaminando le cose in particolare, noi troviamo che tre sole specie di testamento esistono; cioè l'ológrafo, il mistico ed il solenne. Per tutti la legge prescrisse le rispettive formalità, e per tutti prescrisse pure l'obligo della menzione. Entrando in un più minuto esame, troviamo pure che quando si tratta di una maniera *indifferente* di mentovare l'esecuzione di tali formalità, tutti i Tribunali d'accordo si astennero dall'applicare la pena di nullità ad un modo più che ad un altro. Quì dunque la legge províde ad ogni caso particolare, e preclude l'adito ad ogni disputa su 'l caso ipoteticamente figurato, nel quale

---

(1) Questo e i tre seguenti brani fanno séguito allo scritto con questo titolo inserito in questo Volume, pag. 443 a 564. (DG)

si suppone che il Legislatore abbia ordinato la formalità, ed abbia tralasciato di ordinarne la menzione.

Egli è vero che questa providenza fu motivata da un principio generale, che troviamo espresso nel Parere del Consiglio di Stato del dì 31 Genajo 1806 sopra un reclamo d'un certo Duchatenet nei seguenti termini.

Mais, dit-on, il est contre la justice q'un défaut de rédaction entraîne la nullité d'un testament et la ruine d'une famille, lorsque ce défaut peut être couvert par une vérification. Les lois ne peuvent pas prévoir tous les cas particuliers. Il est possible que, dans une espèce donnée, l'omission d'une formalité que la loi a dû introduire, entraîne l'anéantissement d'un Acte irréprochable, louable même, si l'on veut, dans ses motifs: mais cet inconvénient, qu'on peut toujours prévenir avec un peu d'attention, est mille fois moins grave que ceux qui résulteraient de la faculté donnée de suppléer par des preuves testimoniales à ce qu'on aurait dû écrire et qu'on n'a pas écrit dans un testament.

Ma egli è vero altresì che con questo passo non venne dichiarato che se il Legislatore non avesse imposto l'obligo della menzione, questo debba essere supplito sotto pena di nullità, poichè avrebbe così autorizzata una pena non indetta dal Legislatore, ed abilitati illimitatamente i Tribunali ad annullare un testamento per una cagione non espressa dalla legge: e però sembra che al quesito sovra proposto (1), benchè sia ridotto ad un caso meramente ipotetico, e che in pratica non si può verificare, si debba rispondere negativamente, e debba aver luogo la teoría del sig. Merlin sovr' allegata.

---

(1) Sembra che sia quello riportato nella Nota a pag. 515 di questo Volume. (DG)

QUESTIONE DI DIRITTO.

Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* dell'anno 1813, Tomo VI. pag. 63 a 75.

Sebene il Notajo, che abbia accettato il deposito di un testamento mistico, facia fede della sottoscrizione del testatore, e questa apparisca pure materialmente dall'Atto medesimo, puossi egli nonpertanto far dichiarare nullo un tale testamento, esibendosi a provare, co'l mezzo di testimonj, che il testatore, non sapendo leggere, non poteva averlo firmato nel senso inteso dall'art. 976. *del Codice civile?*

Applicazione degli articoli 976. 977. 978. del Codice Napoleone.

§ 1078. Carlo Sartorari-Romagnuoli, sotto il dì 15 Agosto 1806, fece la dichiarazione di sua ultima volontà in forma di testamento mistico, che venne consegnato nei rógiti del notajo Gabriele Pellesina, ed aperto e publicato nel dì 30 Settembre successivo. Questa disposizione testamentaria, scritta da altra mano, apparisce firmata, sì al di dentro che esteriormente, dal testatore con cifre indicanti il di lui nome e cognome per esteso. L'Atto di soprascrizione porta la firma del Notajo e di sei testimonj. Eransi quindi apparentemente osservate tutte le formalità dell'art. 976. del Codice civile.

Con petizione però 26 Novembre 1806 Santa Suttori, moglie di Pietro Pedrotti, da essolui autorizzata a stare in giudizio, chiamò avanti il Tribunale civile di Verona a sinistra dell'Adige gli eredi Luigi e Felice Sartorari-Romagnuoli del fu Girolamo, nonchè i legatarj Stella Lafranco vedova, ed Angela Sartori servente del testatore medesimo; e propose a decidersi in loro contesto la nullità del precitato mistico testamento, offrendo diversi articoli posizionali, tendenti a provare, co'l mezzo di testimonj, che il testatore Carlo Sartorari-Romagnuoli non sapeva leggere, ed accozzava solo materialmente e con pena le lettere esprimenti il proprio nome e cognome, senza conoscere il valore delle cifre medesime, le quali (sembra ch'ella volesse dire) non possono di fatti essere altrimenti conosciute se non da chi abbia scienza e facoltà di leggere.

Invocò essa pertanto ad appoggio della propria istanza il disposto dall'art. 978. del Codice civile, nel quale sta scritto, che *coloro i quali non sanno o non possono leggere, non potranno fare veruna disposizione in forma di testamento mistico;* e dal susseguente articolo 1001., ove leggesi, che *le formalità alle quali sono soggetti i diversi testamenti .... devono essere osservate, sotto pena di nullità.*

Opposero i rei convenuti, che non era ammissibile la prova testimoniale di un fatto meramente negativo rimpetto alla fede chiara di un documento ricevuto da publica autorevole persona, qual è il Notajo, e corroborato dalla firma di sei testimonj ineccepibili; che d'altronde converrebbe che i testimonj articolati in processo si fossero trovati costantemente in compagnía del testatore mentre era in vita, e presenti a tutte le sue contrattazioni e a tutte le manifestazioni della sua volontà per mezzo di scrittura, onde fondatamente sostenere il loro assunto; essere ripugnante e strano che taluno possa accozzare parole materialmente, senza comprendere il significato delle lettere o cifre alfabetiche onde quelle sono composte; e che se alcuna volta avesse pur rifiutato il testatore di leggere qualche scritto, potrebbe averlo fatto per tutt'altra ragione, fuorchè per quella di non saper leggere in verun modo; nè ciò escluderebbe mai che altre carte avess' egli potuto e voluto leggere altre fiate ed in occasioni diverse. Per documentare poi eglino all'incontro (oltre la prova ch'emerge dall'Atto stesso del testamento in questione) ch'esso testatore sapeva leggere e scrivere, produssero cinque allegati, in alcuni dei quali scorgevasi la firma originale di *Carlo Sartorari*, simile a quella che venne apposta in calce al di lui testamento; in altro di essi leggevasi anche il secondo cognome *Romagnuoli;* e nei due ultimi eravi pure l'aggiunta della parola AFFIRMO, in uno con semplice F, ed in altro con F raddoppiata: lo che (dicevano essi) dimostra a sufficienza che il testatore non era altrimenti ignaro di lettere, mentre non saprebbesi conciliare come altre parole avess' egli potuto reiteratamente aggiungere alla nuda espressione del proprio nome e cognome, senza conoscere il valore di tutte le cifre dell'alfabeto, e senza saper leggere (poco importando ch'egli sapesse soltanto leggere anche imperfettamente, come avviene d'ordinario nei rustici). Finalmente presentarono a modo di riprova un articolo probatoriale, onde far constare che il testatore Carlo Sartorari-Romagnuoli sapeva leggere e scrivere in realtà; ed esibirono in proposito anche il suppletorio loro giuramento.

Fece però eccezione l'attrice a cotesta riprova, nonchè ai premessi allegati, dal ristretto numero dei quali (comechè abbia vissuto il testa-

tore fin verso l'anno settantesimo di sua età, e siano d'altronde i rei convenuti al pieno possesso di tutte le di lui carte, scritture, note e registrazioni), e dalla imperizia visibile e dallo stento con cui le controverse firme appariscono configurate, si studiò di trarre argomento maggiore a sostegno della sua tesi, cioè *ch' egli non sapesse nè leggere nè scrivere in conto alcuno;* ed instò vie più su l'ammissione de'suoi articoli probatorj.

Tuttavia il Tribunale civile di Verona a sinistra dell'Adige osservò, che sebene i rei convenuti non abbiano deposto in atti un irrefragabile documento scritto per intiero e firmato dal testatore Carlo Sartorari, potevasi dedurre *ch' egli sapesse leggere e scrivere* dai su riferiti cinque allegati da essolui *firmati differentemente* (cioè ora con aggiunta del secondo suo cognome *Romagnuoli*, ed ora con la clausola *affirmo*, come si è già enunciato); *poichè senza combinare in qualche modo le lettere nell'atto di scrivere era impossibile che potesse formare la propria firma con l' aggiunta delle parole sopra indicate*, e *con una tale differenza che assolutamente esclude quella materialità che si accusa dalla parte attrice; mentre se vera fosse quella materialità, la firma del sig. Carlo Sartorari sarebbe sempre uniforme nelle parole, non mai variata nel numero delle lettere.*

Discese poscia l'anzidetto Tribunale a riflettere, essere indifferente l'indagare in *qual grado* sapesse egli leggere e scrivere, *giacchè se pur risultasse da una prova testimoniale che il testatore sapeva leggere stentatamente, fors' anche combinando prima tra di sè con istento le lettere; ciò non renderebbe giammai nulla la di lui disposizione, mentre l'art.* 978. *del Codice Napoleone non istabilisce in qual grado convenga che il testatore sia perito in leggere; e basta per l'esecuzione del medesimo articolo, che in qualche modo, anche stentatamente, sapia leggere.*

Conchiuse quindi, avervi bastante fondamento ond'escludere la prova testimoniale in contrario addotta, e perchè verte sopra un fatto negativo, e perchè riesce inutile ed ultronea a fronte delle precitate circostanze, che ritenne sufficienti a stabilire il fatto affermativo, malamente d'altronde impugnato: e pronunciò non doversi annullare il testamento mistico del fu sig. Carlo Sartorari-Romagnuoli 15 Agosto 1806, rógito Pellesina, come sopra; ma anzi doversi quello ritenere fermo e sussistente.

Santa Suttori appellò da cotesta Sentenza su l'appoggio delle ragioni stesse per essalei tracciate in prima Istanza.

La Corte d'Appello, analizzando il disposto negli articoli 976. 977. e 978. del Codice civile, credette poter fissare le seguenti massime.

L'articolo 976. contempla un testatore che sapia leggere e scrivere. In tal caso il Legislatore ha veduto a bastanza tutelata l'ultima volontà di un testante da ogni estera frode e machinazione, ed assicurata non meno l'identità dello scritto, tostochè il testante medesimo vi abbia apposta la propria firma, l'abbia consegnata al Notajo in presenza di sei testimonj, e siasi firmato all'atto di soprascrizione. Chi sa leggere e scrivere non si determina ad apporre la propria firma ad uno scritto se non dopo aver verificato egli stesso che la disposizione in quello contenuta è conforme alla sua piena volontà.

Nell'art. 977. considerandosi poi un testatore che non possa o sapia scrivere, ma che sapia però leggere, siccome egli deve presentare al Notajo la scheda testamentaria, non può ragionevolmente presumersi che non l'abbia veduta, esaminata, e trovata giusta; poichè il cieco, a mente del successivo articolo 978., non potrebbe testare in tal forma.

L'oggetto della legge in simili testamenti essendo quello di accordare ai testatori il modo di tener nascoste fin dopo la loro morte le ultime loro disposizioni, essa non s'è occupata che di quelle formalità le quali tendono ad assicurare l'identità della cedola testamentaria nell'atto della consegna di essa, ed a tutelarne la conservazione dopo essere mancato ai vivi il disponente.

Tali in sostanza sono i motivi ai quali il sig. Consigliere di Stato Bigot Préameneau appoggiò la proposizione del relativo progetto di legge al Corpo legislativo; ed eguali sensi esternò pure il sig. Jaubert nel suo analogo Rapporto al Tribunato.

I su citati due articoli 976. e 977. si sussidiano a vicenda. Quindi il sig. Malleville, a proposito della sottoscrizione voluta dal primo degli anzidetti due articoli nella carta contenente un'ultima volontà in forma mistica, introduce la questione, se abbia a ritenersi nullo il mistico testamento di una persona la quale, dopo aver dettate le proprie disposizioni, non avendo indi saputo o voluto sottoscriverle, abbia apposta soltanto una lettera od una croce in luogo della propria sottoscrizione; e risponde negativamente, semprechè nel resto siasi osservato il prescritto dall'art. 977. Così intese pure e commentò il Gotofredo la legge *Hac consultissima, Cod. De testamentis*, adducendo che sebene ov'essa dice *quod si litteras testator ignoret*, sembri accordarsi la facoltà di testare in forma mistica anche agl'idioti; tuttavía non devesi sotto la mentovata espressione comprendere propriamente colui il quale non sa-

pia nè leggere nè scrivere, ma colui soltanto che, sapendo leggere, non possa sottoscriversi o per ignoranza o per infermità.

La razionale di cotesti due articoli serve di guida alla interpretazione del susseguente art. 978., di cui più veramente si tratta nello stato di questa causa. Un uomo onninamente illetterato non è a portata di conoscere ciò che sotto gli stessi suoi occhi ed a sua dettatura venga da altri scritto, nè può avvedersi della differenza che passa fra una carta che gli si dica contenere la di lui ultima volontà tal quale fu da essolui verbalmente manifestata e che la contenga realmente, ed un'altra carta consimile, di caratteri pressochè eguali, ed in quasi egual forma redatti, ma che importino tutt'altro senso, per opera dell'altrui malafede o machinazione. D'altronde la di lui sola sottoscrizione, quand'egli non sapesse far altro, nè conoscere altri caratteri, servirebbe tutt'al più a preservarlo dall'accennato disordine di cambiamento della cedola originale; ma non lo accerterebbe mai che siasi scritta la vera e sola di lui volontà, mentre colui che fu incaricato di scriverla potrebbe redigerla a proprio capriccio, ed ingannarlo.

Ora se la sola firma non può bastare nel concreto caso a far prova che il testatore Carlo Sartorari-Romagnuoli sapesse scrivere, giacchè questa può venire anche materialmente configurata da qualunque idiota; se i ricapiti prodotti dai rei convenuti nulla presentano di più delle sole firme dal testatore medesimo in diversi casi fatte, con la sola aggiunta in una carta del secondo di lui cognome *Romagnuoli* (che pur entra nella firma), ed in un'altra eziandio della parola *affirmo*, al che può del pari essersi prestato machinalmente sotto la direzione di altrui mano: non discende certamente da essi la prova ch'egli sapesse leggere, requisito indispensabile che la legge prescrive onde accordare la facoltà di poter testare in forma mistica.

Pertanto se è permesso attaccare di nullità un testamento esteso in una forma, sotto la quale non potevasi altrimenti estendere per mancanza di necessarj requisiti; dev'essere lecito, a chi propone una simile querela, ricorrere ad uno di que' mezzi di prova che la stessa legge accorda, e ch'è compatibile co 'l soggetto da verificarsi. E siccome gli articoli posizionali dall'attrice proposti tendono appunto a stabilire la prova, che il testatore Carlo Sartorari-Romagnuoli non sapesse leggere (d'onde nascerebbe la conseguenza, ch'egli non avrebbe potuto testare in forma mistica, secondo le disposizioni del vigente Codice civile); così la Corte d'Appello ha creduto d'ammettere lo sperimento della prova stessa, ritenendola di tutta influenza e decisiva del merito della lite.

Per la qual cosa, non avuto riguardo alla Sentenza del cessato Regio Tribunale civile di prima Istanza di Verona a sinistra dell' Adige, del giorno 31 Agosto 1807, pronunciò interlocutoriamente: doversi ammettere all' esame i testimonj dall'attrice indicati su gli articoli dell'all'allegato *B* di petizione, osservate in proposito le norme della legge, e riservate le spese in definitiva.

Contro un tale Giudicato ebbero ricorso i rei convenuti alla Sezione di Revisione presso la Corte d'Appello medesima residente in Brescia; ma cotesta Sezione, sotto il dì 25 *Aprile* 1809, *confermò l'anzidetto Giudicato, riservando insieme a' rei consorti il diritto dell'esibita riprova.*

Non trattasi più in allora che di una ispezione di fatto. L'esito della prova testimoniale corrispose all'assunto dell'attrice. Consentanee furono quindi le ulteriori Sentenze di prima Istanza e d'Appello nel sanzionare la nullità del testamento in questione.

Osservazioni e Decisioni analoghe.

§ 1079. In questa Decisione una delle proposizioni fondamentali si è, che la *capacità a sottoscrivere non inchiude di sua natura la capacità a scrivere:* lo che indica la funzione di esprimere con caratteri la propria intenzione. Questa capacità importa necessariamente quella anche di saper leggere, mentre è chiaro che colui che sa redigere in iscritto i proprj sentimenti conosce il valore e l' espressione delle lettere alfabetiche da lui combinate: lo che costituisce il saper leggere lo scritto.

Viceversa colui il quale non sa che materialmente configurare il proprio nome, come viene praticato da molti sordi e muti dalla nascita, non educati co 'l nuovo metodo, non importa l'abilità generale di scrivere, e per conseguenza il saper leggere. Questa osservazione è stata riguardata come decisiva per gli effetti legali d' un testamento, come apparisce per correlativo dalla seguente

DECISIONE.

La Corte, considerando che il Notajo che scrive un testamento, annunciando l' adempimento delle formalità prescritte dalla legge, deve impiegare in questa enunciazione i termini indicati dal Legislatore, od almeno termini equipollenti esattamente sinonimi, esprimenti le stesse idée senza equívoco e senza incertezza; che un tal individuo sapendo figurare le lettere del suo nome, e non sapendo configurare le altre let-

tere dell'alfabeto, sa bensì sottoscrivere, ma non sa scrivere; che la dichiarazione affermativa di sapere scrivere contiene necessariamente quella di saper sottoscrivere, ma che non è lo stesso della dichiarazione contraria;

Che il testatore, il quale dice di non sapere scrivere, cioè figurare e congiungere tutte le lettere dell'alfabeto, non índica ch'egli sa o non sa configurare almeno le lettere che compongono il suo nome; che questo secondo fatto, non essendo costantemente comprovato dalla dichiarazione del testatore su 'l primo fatto, non potrebb'essere verificato che mediante una prova testimoniale o letterale; prova di cui il Legislatore ha voluto prevenire ed ha prevenuto la necessità, esigendo che il testatore dichiarasse non s'egli sapia scrivere, ma s'egli sapia sottoscrivere; dice essere stato mal giudicato, ec.

Del 9 Novembre 1809. Corte Imperiale di Douai (1).

---

§ 1080. Conviene in secondo luogo osservare, che nella sopra riferita Decisione della Corte di Brescia la dísputa non cadeva sopra lo *stato di fatto* del documento testamentario, cioè a dire se esso fosse o no conforme a quanto materialmente esprime; ed inoltre non si disputava se fossero state adempiute o no le formalità del testamento mistico volute dalla legge: ma bensì si questionava della intrinseca capacità o incapacità del testatore ad intendere lo scritto; la quale circostanza, sfuggendo la cognizione propria del Notajo e dei testimonj, non poteva nè essere testificata, nè essere negata autenticamente da essi, avvegnachè sì l'uno che gli altri non possono far fede che dell'atto praticato in loro presenza, come si è altre volte avvertito (2); e per conseguenza non trattandosi d'impugnare un atto di cui essi fanno fede autentica, ma di una circostanza estranea alla loro funzione, si poteva ammettere la prova testimoniale sussidiaria, come in qualunque altro caso, nel quale si dísputa della capacità od incapacità non visibile del testatore a compiere le prescritte formalità, come di massima fu giudicato dalla Corte di Cassazione dell'Impero (3).

---

(1) Sirey, Tom. XII. Parte II. p. 407-408.

(2) Vedi sopra, §§ 837-838.

(3) Vedi *Giornale di Giurisprudenza Universale*, Tom. I. pag. 253 (*).

(*) La citazione è sbagliata, non trovandosi nel citato luogo alcuna Decisione su questo punto. Però non occorrerebbe nè meno riferirla per intendere quanto dice l'Autore. (DG)

QUESTIONE DI DIRITTO.

Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* dell'anno 1813, Tomo VI. pag. 76 a 89.

Dato un testamento mistico regolare quanto alle forme, si può forse negare di riconoscere la sottoscrizione del testatore nella parte interiore della cedola chiusa, come fatta dal testatore medesimo, senza bisogno d' inscriversi in falso?

FATTO

§ 1081. La signora Hubens fa un testamento mistico; ed avendolo chiuso in un piego, lo presenta al Notajo ed ai testimonj al momento dell'atto di soprascrizione, dichiarando che *questo è il suo testamento scritto di sua mano, e da essa segnato.*

Alla morte di lei si apre il testamento. Niun reclamo havvi per parte dell'erede. Il legatario chiede finalmente il rilascio del suo legato. L'erede oppone a questa dimanda varie eccezioni.

Il Tribunale di prima Istanza ne ordina il rilascio.

Il sig. Hubens erede interpone l'Appello, ed allora per la prima volta si avvisa di non riconoscere la scrittura del testamento, e la segnatura che al medesimo era apposta.

Gli si rispose che questa eccezione era inammissibile, attesochè il testamento essendo divenuto autentico in forza dell'atto di soprascrizione, egli non poteva impugnare la sincerità dello scritto se non in via di falso, e non con una semplice denegazione di scrittura, a termini dell'art. 1320. del Codice Napoleone.

Esaminando con qualche attenzione il testo e lo spirito delle nostre leggi (replicava l'erede), egli è facile convincersi che l'inammissibilità opposta dal legatario non può avere alcun successo. Il sig. Hubens non riconosce la scrittura della testatrice, e domanda che se ne facia la verificazione; ma si vuole che il testamento sia un atto autentico. Non sarà difficile provare il contrario.

Prima di tutto, cosa è quest'atto autentico? Un testamento mistico è forse un atto autentico?

Per sapere ciò che il Codice Napoleone intende nell'art. 1320. con le parole *atto autentico*, non si deve interrogare altro che il Codice stesso; e certamente la definizione che ci somministra è assai chiara e precisa.

L'art. 1317. porta: *un atto autentico è quello ch'è stato ricevuto da Officiali publici aventi il diritto d'istrumentare nel luogo in cui l'atto è stato redatto, e con le solennità richieste.*

Questa definizione è presa testualmente dal n.° 696 del *Trattato delle obligazioni* di Pottier: essa è il risultato dei principj universalmente riconosciuti da tutti gli antichi scrittori, e proclamato dalle Decisioni.

Così affinchè un atto sia autentico abbisogna: 1.° ch'esso sia stato fatto da un publico Officiale; 2.° che quest' Officiale fosse competente; 3.° che sieno state osservate le richieste solennità.

Tolgasi una sola di queste circostanze, e l'atto cessa d'essere autentico; egli non è più che un atto privato: e potrà essere anche niente, secondo l'importanza della condizione che sopprimete. Tolgasi il carattere publico o la competenza dell'Officiale: l'atto resta rivestito di un carattere privato; ma esso potrà non essere meno solenne, perchè è l'osservanza delle formalità che rende solenne un atto, ed un atto privato ha le sue solennità come un atto autentico.

Da ciò risulta, che la principale e fors'anche l'unica causa dell'autenticità di un atto si è il carattere publico e la competenza dell'Officiale che lo riceve, perchè da questo carattere publico derivano i principali vantaggi annessi all'autenticità. Questi vantaggi non avendo per base che la confidenza della legge, e questa confidenza derivando dal carattere publico dell'Officiale; tolto questo carattere, non rimane veruna prerogativa all'autore di quest'atto, e per conseguenza veruna autenticità all'atto stesso.

L'autenticità dell'atto derivando adunque dal carattere dell'Officiale che lo riceve, per sapere s'esso è autentico non si può esaminarlo che all'istante in cui ne seguì la confezione, perchè allora si sa che la persona che lo ha redatto è o non è rivestita di un carattere publico. Da che questo momento è passato, il carattere dell'atto è fissato in una maniera irrevocabile. Non si può rendere autentico un atto che non lo è stato nella sua origine, perchè il passato è fuori del nostro potere, e noi non possiamo fare che colui che ieri ha fatto un atto fosse Officiale publico, mentre non lo era.

Si può ben dare ad un atto una data certa, ch'esso non aveva; ma questo avvenimento, che dà la data, non supplisce alla mancanza di au-

tenticità; imperocchè il registro, o la morte d'un signatario, o il deposito in un archivio publico, non possono fare che l'atto sia opera di un Officiale publico, mentr' esso è emanato da un semplice cittadino.

Posti questi principj, applichiamoli al testamento mistico.

Fa d' uopo distinguere nel testamento della signora Hubens (ch'è scritto, datato e sottoscritto di sua mano) il testamento in sè stesso dall'atto di soprascrizione che lo rinchiude.

Questa distinzione, ammessa dai Dottori più accreditati, forma il vero punto della difficoltà.

Un testamento scritto per intiero, datato e sottoscritto dalla mano del testatore, in séguito inserito in un involto, e rivestito di un atto di soprascrizione, è bensì un testamento mistico, allorquando l'atto di soprascrizione è perfetto; ma esso era ológrafo prima d'essere mistico, ed è rimasto olóprafo dall' istante in cui il testatore lo ha scritto, datato e sottoscritto, sino al momento in cui l'atto di soprascrizione gl'imprime una nuova forma.

Ciò è così vero, che se l'atto di soprascrizione fosse stato nullo per qualche circostanza particolare, il testamento sarebbe valso come olósgrafo, a termini della legge 3. *ff. De testam. milit.*

L'antica Giurisprudenza ha costantemente riconosciuto questo principio. Si trova una Decisione conforme del Parlamento di Dijon del 1.° Agosto 1748. Gli eredi avendo ricorso al Consiglio contro questa Decisione, il loro ricorso fu rigettato con una Decisione del mese di Marzo 1751. Il signor d'Olive (Libro V. Capo V.) e la Peyrère (Lett. VII. n.° 46.) citano molte Decisioni dei Parlamenti di Tolosa e di Bordeaux, conformi a questa dottrina. L'art. 126. dell'Ordinanza del 1629 lo aveva proclamato solennemente; e Furgole rimarca a questo proposito, che gli autori di tale disposizione dell'Ordinanza *hanno molto meglio còlto il vero senso della legge romana, che molti scrittori i quali hanno sostituito le loro imaginazioni alle regole legali.*

Questa dottrina su la distinzione dei due testamenti nel testamento mistico viene insegnata da Furgole nel suo *Trattato dei testamenti*, Cap. II. Sez. III. n.° 47; da Voet su 'l Digesto, Lib. XXVIII. Tit. I. n.° 10.; e dal sig. Merlin Procuratore generale, *Questioni di Diritto*, voce *Testamento*, § 5. Questo Magistrato pensa che l'opinione contraria di Ricard non debba aver peso alcuno, perch' essa è fondata sopra un errore, ed è contraria alle leggi romane.

Dopo la promulgazione del Codice Napoleone le Corti hanno deciso, come prima, che il testamento mistico era ológrafo avanti d' essere

mistico, e potea valere come olografo, se l'atto di soprascrizione si trovava vizioso. Esiste una Decisione conforme pronunciata dalla Corte d'Appello di Aix il 18 Genajo 1808, a proposito del testamento di Sebastiano Viale (1).

Se dunque si riconosceva che il testamento mistico non è che un testamento olografo rivestito d'un atto di soprascrizione, bisogna conchiudere che il testamento olografo era valido, regolare, e legalmente esistente prima dell'atto di soprascrizione. Dunque la sua data, allorchè ve n'ha, è quella segnata dal testatore, e non quella apposta dal Notajo all'atto di soprascrizione, poichè il testamento olografo porta da sè stesso la sua data.

Se così è, il testamento mistico, che nel presente caso è interamente scritto, datato e sottoscritto dalla mano del testatore, è l'opera dello stesso testatore, e non quella del Notajo, il quale non fa che comprovare la consegna, l'esecuzione della quale non ha per oggetto che una misura conservatoria estranea alla disposizione medesima. Ma se esso è l'opera del testatore, cioè a dire d'una persona privata, spoglia d'un carattere publico, non è dunque un atto autentico, a termini della definizione consacrata dall'art. 1317. del Codice Napoleone.

L'atto di soprascrizione non essendo che una misura estrinseca all'atto, procurata dal testatore per conservare la sua disposizione, esso non può cambiare la disposizione medesima. Dunque essa era ed essa rimane l'opera di una persona privata.

Quest'atto di soprascrizione è, propriamente parlando, una ricevuta rilasciata da un depositario publico. L'atto depositato non può perciò cambiare natura, nello stesso modo che una convenzione sotto segnatura privata, quantunque registrata o consegnata in un atto publico, o rivestita in ogni altro modo di una data certa, non lascia d'essere essenzialmente privata.

Ma si dice: l'atto di soprascrizione è certamente un atto publico, che deve far fede di tutto il suo contenuto sino alla iscrizione di falso, conformemente all'art. 1320. Ora quest'atto attesta due cose: 1.° che il testamento, di cui trattasi, è stato presentato al Notajo dalla testatrice in persona; 2.° ch'esso è scritto e datato dalla mano della testatrice. Dunque supponendo che il testamento non sia autentico, il fatto della scrit-

(1) Vedi la detta Decisione nel *Giornale di Giurisprudenza Universale*, Tom. V. pagina 41 a 51 (*).

(*) Ometto di riportarla, non essendo necessaria all'intelligenza di quanto è detto qui sopra. (DG)

tura e della segnatura essendo autenticamente attestato, non potrebb'essere distrutto senza l'iscrizione di falso.

Si risponderà, che negli atti bisogna distinguere ciò che ad essi è sostanziale, vale a dire ciò che l'Officiale attesta e deve attestare come avendone una cognizione personale, da ciò che l'Officiale stesso attesta in qualità di semplice espositore delle dichiarazioni delle parti. Non è che nel primo caso che bisogna ricorrere all'iscrizione di falso per sospendere l'esecuzione dell'atto, e infievolire la fede ch'esso inspira. Questa distinzione è sviluppata più detagliatamente dal sig. Cancelliere d'Aguesseau, 37 *plaidoyer*, pag. 319; da Duperrier, Tom. III. Lib. II. Quaest. XV.; da Olive, Lib. III. Cap. IX.; da Montvallon, *Trattato delle successioni*, Tom. I. pag. 46. Si può vedere la Decisione della Corte di Cassazione del 18 Brumale, anno XII.; un'altra Decisione della stessa Corte 5 Febrajo 1808, confermativa di una Decisione della Corte criminale della Roër; ed una terza della stessa Corte del 20 Luglio 1809.

Riteniamo adunque, che negli atti publici non s'è obligati ad iscriversi di falso che allorquando l'Officiale fa testimonianza dietro la sua cognizione personale.

Posto ciò, che cosa attesta il Notajo autore d'un atto di soprascrizione d'un testamento mistico? Egli attesta che a lui n'è stata fatta la consegna il tal giorno, in presenza dei tali testimonj, perchè egli lo sa, ed il suo instituto è di comprovarlo: attesta inoltre che la testatrice gli ha detto: *questo è il mio testamento scritto e segnato di mia mano.* In ciò egli attesta solamente ch'ebbe luogo la dichiarazione, ma non che questa dichiarazione è vera; di maniera che permettendo d'impugnare questa disposizione per tutt'altra via, che per quella di falso, non si porta alcuna lesione all'atto in sè stesso, ma solamente s'indebolisce la fede della dichiarazione della testatrice.

Si pretende di attribuire a questa dichiarazione della testatrice i vantaggi che la legge riserva alle dichiarazioni degli Officiali publici; ma gl'inconvenienti di questa dottrina sono evidenti.

Si sente facilmente quanti maneggi avrebbero potuto indurre in errore ed ingannare la signora Hubens nell'intervallo passato dalla confezione del testamento mistico alla sua presentazione al Notajo. Non è impossibile che senza sua saputa questo testamento sia stato alterato o cancellato: chi sa anche se qualche destro truffatore non avesse sostituito una disposizione estranea a quella della testatrice? che essa, ingannata dalla rassimiglianza della figura, abbia rimesso fra le

mani del Notajo lo scritto supposto, credendo fermamente di rimettere la sua propria opera?

Non si dice che questa supposizione fraudolenta sia stata realmente praticata; ma basta che sia possibile, perchè si debba astenere dal qualificare per autentici atti in tal guisa degni di sospetto.

DECISIONE.

La Corte, attesochè l'atto di soprascrizione e di deposito attergati all' involto porta che in questo involto è contenuto il testamento di Maria Teresa Hubens;

Che quest' atto è redatto da un Notajo alla presenza dei testimonj che l' hanno sottoscritto, unitamente al Notajo e a Maria Teresa Hubens;

Attesochè l'atto d'apertura è stato fatto in presenza di Gio. Battista Hubens, erede *ab intestato* di Maria Teresa Hubens sua sorella, e sottoscritto da lui; che ivi è detto che i sigilli sono stati riconosciuti intieri, senza essere dissuggellati nè rotti, e senza che l'appellante abbia fatta la minima osservazione o protesta a questo riguardo;

Attesochè un testamento mistico, chiuso e depositato presso un Notajo, diviene, per l'atto di deposito redatto dal Notajo medesimo su l'involto, in presenza dei testimonj, e sottoscritto dal testatore, un documento autentico allorchè è riconosciuto che la carta o l' involto che lo rinchiude sono rimasti intatti, e che non vi ebbe mezzo di sostituirvi un altro testamento senza frattura:

Dice che il testamento non è più soggetto alla verificazione di scrittura o di segnatura, e non può essere querelato che di falso; e che la Sentenza che aveva ordinato l' esecuzione del testamento sortirà il suo effetto.

Del 23 Marzo 1811. Corte Imperiale di Bruxelles (1).

OSSERVAZIONI.

§ 1082. Benchè alla Corte di Bruxelles sia piaciuto di decidere negativamente la proposta questione, ed abbia dichiarato esservi bisogno di ricorrere all' iscrizione di falso per impugnare la sottoscrizione come fatta dal testatore; ciò non ostante si può dubitare della giustizia di questa Decisione per li seguenti motivi.

---

(1) Sirey, Tom. XII. Parte II. pag. 94 a 97.

La Corte ha data alla testimonianza del Notajo e dei testimonj in un testamento mistico, per rapporto alla sottoscrizione del testatore apposta dentro la cedola testamentaria, la stessa forza di quella che da loro vien data al testamento solenne; e siccome tale testificazione nel testamento solenne fa fede sino ad iscrizione di falso, così ha concluso che la testificazione apposta al testamento mistico debba produrre lo stesso effetto.

Ma è egli poi vero che questa testificazione del Notajo e dei testimonj nel testamento mistico sia pari a quella ch' essi fanno nel testamento solenne? Ecco ciò che non è vero. Nel testamento solenne il Notajo ed i testimonj fanno fede immediata di un atto che cade sotto i loro sensi, e per conseguenza fanno fede di un fatto reale veduto da loro. All' opposto nel testamento mistico non fanno fede della reale esecuzione di quest'atto se non che dietro *l'asserzione del testatore medesimo;* e però non fanno fede dell'atto, ma solamente della dichiarazione a loro fatta dal testatore (1). Quindi la dichiarazione del Notajo, munita della fede dei testimonj, è un *dictum de dicto*, anzichè l'affermazione del fatto stesso che viene narrato. Dunque la fede del Notajo e dei testimonj su 'l contenuto nella cedola si risolve su la fede del testatore. In ultima analisi altro non risulta che l'affermazione del testatore, della verità o falsità della quale nè il Notajo nè i testimonj possono essere garanti, come lo sono nel testamento solenne.

Per questo lato adunque la fede autentica attribuita dalla legge alla testificazione del Notajo e dei testimonj, che affermano un fatto proprio sperimentale, non può aver luogo, rispetto al fatto della sottoscrizione interna della cedola testamentaria, nel testamento mistico come nel solenne; e tutto l'affare si risolve ad affermare avere il testatore asserito di aver firmato la carta chiusa, suggellata, e consegnata al Notajo.

È indubitato che tutto l' appoggio dell' autenticità, ossia della fede attribuita per legge ad un atto publico, riposa primieramente ed essenzialmente sopra un fatto caduto sotto i sensi stessi del Notajo e dei testimonj, asserito dai medesimi; e non mai sopra fatti asseriti da altri, e che non furono praticati in loro presenza. Tal è il principio fondamentale riconosciuto in tutti i tempi, e sanzionato espressamente dalla Corte di Cassazione dell'Impero (2). Dunque in questo testamento man-

---

(1) Vedi sopra, §§ 837. 838.

(2) Vedi *Giornale di Giurisprudenza Universale*, Tom. I. pag. 252 a 259 (*).

(*) Anche qui si omette di riferire questo brano, perchè non necessario. (DG)

ca, per rapporto al fatto dell'interna sottoscrizione, l'autenticità, su la supposizione della quale riposa tutta la Decisione.

Ridotta la cosa a questi ultimi termini, si domanda se la legge abbia mai accordato alla sola asserzione del testatore la fede autentica attribuita al Notajo ed ai testimonj pe' i fatti da loro veduti. Ecco la questione che sola poteva servire di mezzo-termine a sciogliere la difficoltà promossa.

Senza difondersi a discutere tale questione, basti osservare che la legge non avendo attribuito all'asserzione del privato il far fede autentica fino all'iscrizione di falso, ne nasce la conseguenza che quest'asserzione possa essere impugnata dietro la regola generale, che abilita ad eccepire contro gli atti non autentici, pe' i quali niuno è obligato a riconoscerli come comprovanti ed esecutivi fino all'iscrizione di falso; e però nel caso concreto risulta essere ammissibili le prove sussidiarie sì pro che contro, come in qualunque altro atto non autentico, e come appunto si pratica nel testamento olôgrafo, che riposa interamente su la fede privata.

QUESTIONE DI DIRITTO.

Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* dell' anno 1813,
Tomo VI. pag. 276 a 315.

Allorquando per confessione anche tacita giudiziaria di un possessore d'una eredità, appoggiata ad altre dichiarazioni, risulta essere dopo un primo testamento esistito un secondo testamento a favore di un terzo estraneo, e questo essere stato distrutto dalla parte stessa che vi poteva avere interesse, ond' essere preferita nell' eredità in forza di detto testamento anteriore; non giova allegare un mandato verbale del testatore, autorizzante la distruzione del secondo testamento; e nè meno giova la dichiarazione verbale dello stesso testatore, con la quale dicesi aver esso ordinato che debba prevalere l'anteriore testamento in caso di sopravivenza della persona instituita nel primo testamento: ma è necessaria una rivocazione in iscritto del secondo testamento, o la prova scritta del mandato medesimo di distruzione, nel caso della sopravivenza della persona prima instituita co'l suddetto primo testamento.

In conseguenza il possessore può essere obligato a restituire l'eredità all'estraneo instituito co'l secondo testamento, senza che siavi bisogno di provarne la validità risultante dalle forme estrinseche.

(Tra Samson e Sauzeau)

FATTO

§ 1083. Luigi Sauzeau, li 14 Termidoro, anno XIII. (2 Agosto 1803), fece un testamentoológrafo, co 'l quale instituì Modesta Sauzeau sua sorella legataria universale.

Si pretese che il giorno 25 Novembre 1809 il testatore abbia fatto chiamare presso di sè il sig. Auzanneau suo amico, e lo abbia pregato di prender cura che il suo testamento 14 Termidoro, anno XIII., fatto a favore di sua sorella Modesta, fosse eseguito dopo la sua morte; ma non avendolo su l'istante rinvenuto, gli promise che tosto lo avesse trovato glie lo rimetterebbe sigillato; oltre a ciò si pretese che il testatore abbia consegnato allo stesso un piego, pregandolo di custodirlo con se-

greto, attesochè conteneva delle carte che potevano distruggere il testamento fatto a favore di Modesta Sauzeau sua sorella; e finalmente lo pregò di rimettere il plico alla stessa sua sorella, nel caso ch'essa gli sopraviva, perchè intendeva che allora il suddetto testamento 14 Termidoro, anno XIII., fosse eseguito; e nel caso in cui Modesta Sauzeau premorisse ad esso testatore, dovesse rimettere il piego a Luigi Samson, ebanista a Parigi.

Lo stesso giorno Luigi Sauzeau consegnò il testamento da lui fatto a favore di sua sorella al suo domestico Blin, con ordine di deporlo nelle mani del sig. Auzanneau. Quest'ordine non era ancora eseguito allorquando il testatore morì.

Il giorno dopo la di lui morte, accaduta nel dì 27 Novembre 1809, Auzanneau presentò il testamento fatto a favore di Modesta Sauzeau al Presidente del Tribunale, il quale ne ordinò il deposito presso un Notajo. Adempiuta questa formalità, rimise alla legataria universale il piego che gli era stato affidato, e rimesso nelle di lui mani dal domestico Blin poco dopo la morte di Luigi Sauzeau. Questo piego essendo stato aperto, vi si trovò un testamento olografo, co'l quale Luigi Sauzeau lasciava tutti i suoi beni a Samson; ed una piccola nota, con la quale il testatore pregava il legatario di dare una modica somma a Blin suo domestico. S'ignora quale fosse stata la data del testamento; soltanto si presume ch'essa fosse posteriore al testamento del 14 Termidoro, anno XIII.

Modesta Sauzeau, dopo avere intesa la lettura di questi due documenti, ordinò che fossero abbruciati; e pare che il suo ordine fosse eseguito. Alcuni giorni dopo essa morì.

Informato Samson che il testamento che lo instituiva legatario universale era stato abbruciato, egli promosse azione giudiziale contro gli eredi di Luigi Sauzeau. Auzanneau fu chiamato in causa, come avendo cooperato alla distruzione del testamento.

Samson domandò d'essere ammesso a provare: 1.° che Luigi Sauzeau lo aveva instituito suo legatario universale con un testamento olografo, scritto, datato e sottoscritto da lui poco tempo prima della sua morte, e posteriormente al 14 Termidoro, anno XIII.; 2.° che questo testamento era stato letto, veduto e tenuto, prima d'essere bruciato, dai signori Sauzeau ed Auzanneau.

A questo effetto li 26 Marzo 1810 Auzanneau e gli eredi di Modesta Sauzeau furono giudizialmente interrogati sopra i fatti articolati da Samson; ed ecco in primo luogo quale fu la risposta di Auzanneau.

Ha risposto.... che gli fu detto dal testatore Luigi Sauzeau di fare attenzione che questo piego (quello cioè che gli fu depositato) non fosse palesato nè conosciuto, perchè conteneva cose capaci a distruggere il testamento ch' egli aveva anteriormente fatto in favore di sua sorella Modesta; e che intendeva che quest' ultimo dovesse prevalere, cioè il testamento fatto in favore di sua sorella, nel caso in cui essa gli sopravivesse; e nel caso contrario, cioè che la detta Modesta Sauzeau premorisse prima di lui, il detto piego dovesse rimettersi al sig. Samson.

Interrogato se il sig. Sauzeau abbiagli detto espressamente che voleva che il suo testamento fatto in favore di sua sorella Modesta Sauzeau, in caso della di lei sopravivenza, dovesse prevalere a tutte le altre disposizioni contenute nel piego a lui rimesso, e ch' era sua intenzione che in questo caso il detto piego fosse da esso rispondente rimesso alla detta Modesta Sauzeau;

Rispose: *Sì, questi sono i proprj di lui fatti.*

Interrogato se di questo piego, contenente il testamento a favore di Samson, come lo ha già dichiarato, egli ne avesse data lettura agli eredi Sauzeau;

Rispose che ne aveva data lettura alla signora Modesta Sauzeau, perchè era stato pregato da lei, ma in presenza degli altri eredi.

Interrogato se questo testamento conteneva un legato universale a favore di Samson;

Rispose: *Il testamento portava espressamente che il testatore lasciava a Samson ciò di cui la legge gli permetteva disporre.*

Interrogato se questo testamento, essendo olografo, era bene scritto, datato e sottoscritto dal testatore;

Rispose: *Io non ho veduto fare questo testamento; perciò io nulla posso dire su questo proposito.*

Gli eredi di Modesta Sauzeau furono egualmente interrogati; ma tutto ciò che risulta dalle loro risposte si è, che le due carte contenute nel piego depositato nelle mani d'Auzanneau furono abbruciate per ordine di Modesta Sauzeau: del resto nessuno di loro dichiarò avere cognizione del testamento fatto in favore di Samson; e nulla per conseguenza, supponendo la reale esistenza di questo testamento, prova che esso fosse stato scritto, datato e sottoscritto da Luigi Sauzeau, nè ch'esso fosse posteriore a quello che instituiva Modesta Sauzeau legataria universale.

Dagli eredi di Modesta Sauzeau fu dunque sostenuto che Samson non poteva essere ammesso a provare la distruzione di un testamento

fatto in suo favore, che dopo di avere stabilito in iscritto che questo testamento era stato rimesso a Modesta Sauzeau; che la dichiarazione d'Auzanneau doveva essere interamente rigettata, poich'essa tendeva a stabilire la consegna di un deposito, il cui valore era maggiore di cento cinquanta franchi; che supponendo che questa dichiarazione dovesse far fede, si doveva ritenerla per intiero, ed ammettere la parte che giustificava la distruzione del testamento con quella che ne comprovava l'esistenza; finalmente, che non basterebbe che un testamento fosse esistito, ma bisognerebbe ancora che fosse provata la di lui validità, cioè che fosse scritto, datato e sottoscritto dal testatore, e fosse posteriore a quello co 'l quale Modesta Sauzeau era instituita legataria universale.

Il Tribunale del Melle, sotto il giorno 18 Agosto 1810, pronunciò la seguente Sentenza, dichiarando la domanda di Samson mal fondata.

SENTENZA.

Attesochè sebene Auzanneau abbia dichiarato avere avuto in deposito un testamento fatto in favore di Samson, nulla ha detto di positivo su la sua data, scrittura e sottoscrizione; che ammettendo per *comprovato* che il testamento, di cui si è parlato, avesse avuto tutto ciò ch'è necessario per la sua validità, la dichiarazione del deposito non può essere divisa, e deve far fede in simile caso secondo l'antica e la nuova legge; che su questo principio sono stabiliti gli articoli 1931. 1932. 1981. 1982. 1983. 1984. ed altri del Codice Napoleone; che decidendo altrimenti sarebbe un rifiutare al depositario la confidenza accordatagli dal testatore co 'l rimettergli senza veruno scritto il deposito di cui si tratta; che dagli atti nulla risulta che possa far sospettare che questo depositario sia stato infedele, perchè gli era facile distruggere il deposito se avesse avuto intenzione di nuocere a Samson e favorire la signora Sauzeau; che ben lontano da ciò, egli rimise questo deposito senza prenderne cognizione, e che s'egli ebbe cognizione del contenuto, ciò non fu che dopo averne fatta la consegna; che tutti i fatti della causa concordano per far credere che Auzanneau adempì le intenzioni del testatore, poichè quest'ultimo aveva egualmente depositato fra le mani d'Auzanneau il testamento fatto in favore di sua sorella, con l'obligo di farlo eseguire in caso di sopravivenza: fatto che involgerebbe contradizione, se si dovesse credere che il testatore avesse voluto che il legato fatto a Samson dovesse prevalere a quello fatto a sua sorella Modesta Sauzeau, indipendentemente da ogni condizione.

Che riesce inutile la prova testimoniale domandata, perchè non potrebbe avere altri risultati che di provare fatti riconosciuti; che d'altronde la prova voluta da Samson non potrebb' essere che in opposizione con le dichiarazioni fatte dalle parti, poichè, secondo le medesime, il testamento è stato bruciato appena veduto; ed all'opposto i fatti dei quali Samson domanda la prova, essendochè questo stesso testamento sia stato veduto, letto e conservato dopo la morte del testatore, non sarebbero ammissibili, poichè sono smentiti dalla dichiarazione del depositario Auzanneau, al quale si deve prestar fede, secondo i termini precisi dell'art. 1924. del Codice: dichiarazione che fa fede, e non può essere divisa, secondo l'art. 1356.; che la validità del testamento fatto in favore di Samson, essendo subordinata alla verificazione d'una condizione, non può aver effetto, chè questa condizione non si è verificata: d'onde segue in effetto, che Samson non è divenuto legatario, ma solo ch'egli avrebbe potuto divenirlo, verificandosi il caso preveduto.

Ragioni dell' appellante Samson.

Da questa Sentenza Samson si aggravò alla Corte d'Appello di Poitiers. Egli sosteneva:

1.° Che l'esistenza e la distruzione del testamento, che Luigi Sauzeau aveva fatto in suo favore, erano provate con la dichiarazione d'Auzanneau; che questa dichiarazione deve *altretanto più far fede, in quanto che essa non è formalmente contradetta* dagli eredi di Modesta Sauzeau, e che d'altronde la prova testimoniale era ammissibile.

2.° Che se la dichiarazione d'Auzanneau non poteva essere divisa contro di lui, essa lo doveva essere contro gli eredi Sauzeau, e che i Giudici non potevano avere riguardo che alla parte che comprova l'esistenza e la distruzione del testamento; che in ogni caso Auzanneau non essendo depositario del testamento 14 Termidoro, anno XIII., attesochè non gli fu rimesso che dopo la morte del testatore, la sua dichiarazione che questo testamento doveva essere eseguito a preferenza di quello ch'era stato fatto a favore di Samson non doveva far fede.

3.° Che supponendo che la dichiarazione dovesse far fede della facoltà di cui Modesta Sauzeau si prevalse distruggendo il testamento, si dovrebbe sempre dire che tale facoltà era accordata illegalmente, e doveva rimanere senza effetto.

4.° Finalmente, che gli eredi di Modesta Sauzeau non potevano contrastare la validità del testamento dopo aver messo il legatario nell'impossibilità di provarne la validità.

Egli è comprovato, dietro la dichiarazione d'Auzanneau, aver esistito un testamento a favore di Samson; e che questo testamento, che rivocava quello fatto a favore di Modesta Sauzeau, è stato abbruciato per ordine di lei. Ma questi fatti potevano essi risultare da una semplice dichiarazione? In altri termini: potevano essere provati per testimonj?

L'art. 1341. del Codice Napoleone proibisce di ammettere la prova testimoniale allorquando trattasi di cose, il cui valore eccede i cento cinquanta franchi; ma l'art. 1348. porta, che questa regola riceve eccezione tutte le volte che non fu possibile al creditore procurarsi una prova scritta dell'obligazione contratta verso di lui; e che questa eccezione si applica alle obligazioni che nascono dai quasi-contratti, e dai delitti o quasi-delitti.

Ora egli è evidente che Samson legatario non potè procurarsi alcuna prova scritta del testamento fatto a di lui favore. Egli rimase sempre straniero agli atti passati tra Auzanneau e la famiglia Sauzeau; egli non ha potuto verificare le carte del testatore per riconoscere il deposito del testamento, perchè non aveva alcun titolo che lo autorizzasse a fare una tale verificazione: in una parola, gli è stato impossibile di prendere alcuna precauzione per vegliare alla conservazione de' suoi diritti.

Sia che si consideri l'ordine dato da Modesta Sauzeau di distruggere il testamento di suo fratello, come dato di buona-fede e nell'intenzione di conformarsi alla volontà del testatore; sia che si consideri come dato co 'l disegno di nuocere a Samson, e di appropriarsi i beni che a questo erano devoluti: la prova testimoniale deve ammettersi, poichè nel primo caso quest'ordine è un quasi-delitto, e nel secondo è un vero delitto: perciò i giureconsulti più celebri non hanno giammai dubitato che la prova testimoniale della soppressione di un testamento non debba essere ammessa. Vedi Ricard, *Des donations entre vifs*, Parte III. Capo I. n.° 6. e seg.; e le *Questioni di Diritto* del sig. Merlin, seconda edizione, voce *Soppressione di titoli*, e voce *Testamento*, § 16.

Ma se la dichiarazione d'Auzanneau bastava per istabilire l'esistenza e la distruzione del testamento, doveva essa egualmente far prova della condizione, il cui avvenimento doveva renderlo senza effetto?

L'art. 1924. del Codice Napoleone è così concepito: « Allorquando » il deposito, essendo al di sopra di 150 franchi, non è provato con » iscrittura, si presta fede a colui ch'è convenuto come depositario su » la sua dichiarazione, tanto per lo stesso fatto del deposito, quanto » per le cose che ne formano l'oggetto, e per il fatto della restituzione. »

« Il depositario (dice l'art. 1937.) non deve restituire la cosa depo-
» sitata che a quello che glie l'ha affidata, o a colui in nome del quale
» fu fatto il deposito, o a quello che fu indicato per riceverlo. »

Co 'l primo di questi due articoli si è proveduto alla sicurezza del depositario, e perciò la legge vuole che si presti fede alla sua semplice dichiarazione per tutto ciò che appartiene al suo interesse; ma essa non lo autorizza in alcun modo a determinare l'uso che ne deve esser fatto, ed a creare diritti a profitto di un terzo, perchè allora egli non ha alcun interesse che la sua dichiarazione tenga luogo di prova. Quanto all'art. 1937., tutto ciò che si può conchiuderne si è, che l'Auzanneau doveva rimettere il deposito a Modesta Sauzeau; e non si può dedurne altra conseguenza, senz'aggiungere alla legge una disposizione contraria al suo spirito.

Ma, dicesi, le dichiarazioni giudiziarie, secondo le disposizioni dell'art. 1356. del Codice Napoleone, essendo indivisibili, non si può dividere la dichiarazione d'Auzanneau per ammettere la parte che comprova l'esistenza del testamento, e rigettare quella provante che l'esecuzione di questo testamento era subordinata all'avvenimento d'una condizione.

Se non si vuol fare una falsa applicazione dell'art. 1356. del Codice Napoleone, fa d'uopo considerare la dichiarazione d'Auzanneau sotto due aspetti. Primieramente come relativa a lui stesso in qualità di depositario; e sotto questo aspetto egli è certo che non si può dividerla contro di lui, in forza del testo stesso della legge. In secondo luogo, come relativa a Samson ed agli eredi di Modesta Sauzeau; e sotto questo aspetto, considerandola come una semplice testimonianza, si deve necessariamente dividerla, per non ammettere che la parte che prova l'esistenza e la distruzione del testamento.

Questa distinzione, che può sembrare a primo aspetto singolare, è nulla ostante fondata su la natura stessa delle cose e su 'l testo della legge.

L'art. 1356. del Codice non vuole che la dichiarazione che una parte litigante fa in giustizia sia divisa contro di essa, perchè quegli che non si procurò una prova dell'obligazione contratta in suo favore dichiarò per ciò stesso ch'egli si riportava alla buona-fede del suo creditore; e d'altronde i pericoli che hanno fatto proscrivere la prova testimoniale in certi casi non dovendosi temere allorchè una parte depone nella sua propria causa, le confessioni ch'essa fa debbono far fede contro la medesima in qualunque specie di convenzioni, ed allora non possono dividersi.

Ma allorquando un testimonio depone in una causa a lui estranea, e la sua deposizione si aggira sopra fatti che non sono tutti suscettibili di prova per testimonj, egli è necessario che i Giudici la dividano, per rigettare la parte che attesta i fatti su i quali la prova testimoniale è inammissibile.

Ora Auzanneau attestò da una parte l'esistenza e la distruzione di un testamento fatto a favore di Samson, e dall'altra l'esistenza della condizione che questo testamento non dovess' essere eseguito che nel caso in cui Modesta Sauzeau sopravivesse al testatore. I primi di questi fatti potevano provarsi per testimonj, come fu dimostrato; l'ultimo, al contrario, non poteva esserlo in questo modo, perchè la condizione dalla quale un testatore fa dipendere la validità del suo testamento è in sè stessa un atto di ultima volontà, il quale non può essere provato che con mezzi co' i quali si fa constare degli atti di questa natura: e se Luigi Sauzeau non avesse voluto fare in favore di Samson che una instituzione condizionale, egli avrebbe manifestata la sua volontà nel proprio testamento.

Egli è dunque dimostrato che la dichiarazione d'Auzanneau depositario non deve far fede di una condizione non inserita nel testamento; e che decidendo il contrario, i primi Giudici hanno applicato falsamente l'art. 1356. del Codice, e violato inoltre l'art. 1341., che proibisce la prova testimoniale sopra le cose eccedenti il valore di 150 franchi.

Più ancora: per ciò solo che Samson acquistò il diritto di provare co'l mezzo di testimonj che Luigi Sauzeau lo aveva instituito legatario universale, non ne segue che gli eredi di Modesta Sauzeau abbiano acquistato il diritto di stabilire con lo stesso modo l'esistenza di una condizione, il cui avvenimento poteva rendere l'instituzione senza effetto; imperocchè questa condizione non potendo essere provata per testimonj prima della distruzione del testamento, non può esserlo nello stesso modo dopo che il testamento è distrutto; secondo la massima, che nessuno può rendere migliore la sua condizione con un delitto: *nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest.* Leg. 134. *ff. De reg. jur.*

Ma supponendo che la dichiarazione d'Auzanneau sia indivisibile, e supponendo che i primi Giudici abbiano acquistato l'intima convinzione che l'intenzione del testatore fosse di subordinare l'esecuzione del suo testamento all'evenienza della condizione attestata da Auzanneau; bastava che questa intenzione non fosse stata manifestata in un modo legale, perchè essa non dovesse sortire alcun effetto.

La legge ha segnate tutte le regole che si debbono seguire per disporre de' suoi beni a titolo gratuito; ed essa vuole che tutte le volte che ci discostiamo dalle medesime, le disposizioni che si fanno siano considerate come non avvenute. Ciò risulta dagli articoli 893. e 1001. del Codice Napoleone; co 'l primo de' quali vien detto che non si può disporre de' suoi beni a titolo gratuito se non mediante donazione o testamento nelle forme dalla legge stabilite; e co 'l secondo, che le formalità alle quali sono soggetti i diversi testamenti debbono essere osservate, sotto pena di nullità. Ma se non si può fare un testamento che nelle forme prescritte dalla legge, ne segue che non si può aggiungere ad un testamento già fatto una condizione a favore d'un terzo se non con le stesse forme; per la ragione che questa condizione per sè stessa forma parte del testamento. E sarebbe assurdo che per rivocare un atto di ultima volontà il Legislatore avesse voluto un atto autentico, mentre poi si fosse contentato della deposizione di un testimonio per provare l'esistenza d'una condizione, l'evento della quale producesse lo stesso effetto di una revoca autentica.

Allorchè Luigi Sauzeau instituì Samson legatario universale, il testamento, che prima avea fatto in favore di Modesta Sauzeau, fu *ipso jure* rivocato; e per conseguenza da questo momento fu come non avvenuto. Come sarebbe adunque possibile sostenere che una semplice dichiarazione verbale abbia potuto ridonare l'esistenza ad un testamento che non esisteva più, e produrre da sè sola l'effetto di un vero testamento?

Finalmente gli eredi di Modesta Sauzeau non possono contestare la validità del testamento fatto a favore di Samson, poichè Modesta Sauzeau lo fece ella stessa distruggere prima che la validità abbia potuto essere contestata.

È vero che la Corte di Cassazione giudicò che la validità di un testamento non si presumeva, ma doveva essere provata; ma nel caso giudicato da questa Corte il testamento era perito in occasione di un incendio, e non pe 'l fatto dell' erede. D'altronde allorchè una persona scrive essa medesima il suo testamento, e muore senz'averlo comunicato, è impossibile provare ch' esso fosse valido allorchè l'erede se ne impossessò e lo distrusse. In questo caso i Giudici non possono determinarsi che dietro presunzioni. Ora nel caso attuale le presunzioni sono altretanto più forti, in quanto che il testatore medesimo dichiarò ad Auzanneau che il testamento ch' ei gli confidava distruggerebbe quello che era fatto a favore di Modesta Sauzeau, se fosse stato palesato.

Ragioni degli eredi di Modesta Sauzeau, rei convenuti.

Li rei convenuti, eredi di Sauzeau, rispondevano che Samson non poteva essere ammesso a provare *per mezzo di testimonj* la distruzione di un testamento fatto in suo favore, se non dopo avere provato *in iscritto* che questo testamento era stato affidato a Modesta Sauzeau.

L'appellante (proseguivano essi) si è limitato a dimostrare che la dichiarazione di Auzanneau poteva essere divisa; ch'essa doveva far fede dell'esistenza e della distruzione del testamento; e ch'essa (*non*) dovesse esser presa in considerazione relativamente alla condizione, l'avvenimento della quale doveva renderlo inefficace.

Questi principj, che possono essere veri sotto un certo punto di vista, sono evidentemente falsi pe 'l modo generale co 'l quale vengono esposti. Egli è indubitato che la dichiarazione del depositario deve far fede allorchè il deposito eccede 150 franchi, e che il deposito non è provato per iscritto. Ma ciò fra quali persone può aver luogo? Fra il deponente e il depositario soltanto; perchè sarebbe assurdo pretendere ch'essa facia fede anche contro i terzi, e che una persona possa essere tenuta alla restituzione di un deposito per ciò solo che il depositario assicura averglielo consegnato.

La dichiarazione d'Auzanneau non è dunque che una semplice testimonianza rapporto agli eredi Sauzeau; e per sapere se essa deve far fede contro di loro fa d'uopo esaminare se i fatti, su i quali essa versa, possono essere provati per testimonj.

Se il sig. Samson avesse accusato Modesta Sauzeau d'aver sottratto ed abbruciato il testamento, in forza del quale egli pretende essere instituito legatario universale, non vi sarebbe dubio su l'ammissibilità della prova testimoniale, perchè questi fatti avrebbero costituito un vero delitto sottomesso alla vendetta publica, perchè ogniqualvolta trattasi di un delitto la prova testimoniale è sempre ammissibile, a meno che il fatto allegato non presupponga una convenzione che di sua natura non possa essere provata che in iscritto. Ma l'avversario non ha preteso che Modesta Sauzeau si fosse impossessata del testamento di suo fratello; egli ha detto solamente che *questo testamento le era stato rimesso da Auzanneau depositario, e ch'essa lo aveva abbruciato.* Ora, prima di provare per testimonj che il testamento era stato abbrueiato, era necessario provare per iscritto che Modesta Sauzeau lo aveva ricevuto; poichè, a termini dell'art. 1341. del Codice Napoleone, dev'essere costituito atto scritto avanti Notajo o per iscrittura privata sopra

qualunque cosa la quale ecceda la somma od il valore di cento cinquanta franchi; e inoltre, secondo gli articoli 1347. e 1348., questa regola non riceve eccezione che allorquando vi esiste un principio di prova in iscritto, o quando alle parti sia stato impossibile procurarsi una prova scritta dell'obligazione.

Allorchè pertanto un testamento è stato confidato ad una persona, non si può provarne la distruzione per testimonj se non dopo aver prodotta la prova scritta del deposito fatto. Infatti questa è l'opinione professata dagli autori più celebri, e consacrata da una moltitudine di Decisioni.

Si domanda, dice Danty sopra Boiceau, se la prova per testimonj della soppressione di un testamento sia ammissibile. Sopra la qual cosa bisogna rimarcare che colui che domanda di fare questa prova, supposto che sia ammissibile, la deve domandare precisamente *in limine litis;* perchè s'egli articola, per esempio, che il testamento è stato depositato fra le mani d'una certa persona, e domandi in séguito d'essere ammesso a provarlo in via testimoniale, egli non sarà più ammissibile, com'è stato detto, perchè la prova testimoniale di un deposito volontario non è ammissibile, secondo l'Ordinanza del 1667, *Trattato della prova testimoniale in materia civile*, Aggiunte al Capo VII. n.° 67.

Senza dubio, dice il sig. Merlin, per ciò solo che la distruzione di una cosa depositata è un delitto, per ciò solo che la parte querelante non potè procurarsi una prova letterale, si può provarlo co'i testimonj. Ma essa suppone necessariamente un fatto anteriore; essa suppone un deposito che lo abbia preceduto: imperocchè quando non vi sia deposito, è impossibile la distruzione della cosa depositata: nessun deposito, nessun delitto.... Quegli il quale ha confidato un deposito ha potuto e dovuto, all'istante stesso in cui glie lo confidava, ritirarne un certificato in iscritto; e questo certificato lo deve possedere...., a meno ch'egli non accusi il preteso suo depositario d'averglielo sottratto. Dunque se non presenta questo certificato, è tolto ogni mezzo legale per provarne il deposito, e non lo potrebbe provare che con testimonj; e su ciò la legge gl'interdice la prova testimoniale. Ma ripetiamolo: da che non havvi deposito è impossibile ammettere l'idéa della distruzione della cosa pretesa depositata. Così l'inammissibilità della prova testimoniale del deposito trae seco irresistibilmente l'inammissibilità della prova testimoniale su 'l fatto che la cosa pretesa depositata sia stata distrutta dal depositario. *Questioni di Diritto*, seconda edizione, voce *Soppressione di titoli*, § 1.

Questo sistema è così conforme alla lettera, e sopratutto allo spirito della legge, che la Corte di Cassazione lo ha più volte consacrato, nè si teme che lo voglia rovesciare.

Ora niuno scritto prova che Auzanneau abbia rimesso a Modesta Sauzeau il preteso testamento, del quale Samson domanda l'esecuzione: dunque non si può provare con la dichiarazione d'Auzanneau che Modesta Sauzeau abbia distrutto questo testamento.

Ma se non si può provare per testimonj che il preteso testamento di Luigi Sauzeau sia stato rimesso a Modesta sua sorella, e ch'essa lo abbia bruciato; se la dichiarazione d'Auzanneau su questo rapporto non può fare alcuna fede; finalmente s'egli è vero che di questi fatti non esiste alcuna prova in iscritto: come mai potrà Samson stabilire il fatto del deposito? Non gli rimangono che le dichiarazioni delle parti. Ma queste dichiarazioni, che nè meno stabiliscono l'esistenza di un testamento, ed ancora meno l'esistenza di un testamento valido, provano tutte che il deposito confidato ad Auzanneau è stato rimesso a Modesta Sauzeau per ordine del deponente, *con la facoltà di disporne nella maniera più assoluta :* e se ella lo ha fatto bruciare, ciò fu in forza della facoltà attribuitale. Samson non può dunque dedurne alcuna conseguenza, poichè la legge non gli permette di dividerla. La confessione giudiziaria, dice l'art. 1356. del Codice Napoleone, fa piena fede contro colui che l'ha fatta, nè può essere divisa contro del medesimo.

Per eludere l'applicazione di quest'articolo, Samson pretese che la dichiarazione del testatore di far dipendere l'esecuzione del suo testamento dall'evento di una condizione dovesse rimanere senza effetto, perchè essa non era stata manifestata in una maniera legale. Questo è un errore: niente vietava a Luigi Sauzeau di sopprimere il suo testamento dopo averlo fatto, o di confidarlo ad un terzo con ordine di distruggerlo.

Allorchè una persona fa un deposito, il cui valore eccede 150 franchi, e che non se ne fa rilasciare alcun certificato in iscritto, ella ed i suoi successori devono riportarsi interamente alla dichiarazione del depositario: tal è la disposizione dell'art. 1924. del Codice Napoleone, la quale non riceve alcuna eccezione. Indarno Samson pretese che se quest'articolo fosse applicabile alla causa, ne seguirebbe che si potrebbe testare verbalmente, contro le espresse disposizioni della legge. Quest'objetto non è che specioso: imperocchè per ciò solo che la legge permette di fare un testamento olografo, e di depositarlo nelle mani d'un semplice particolare, il depositario può a suo piacere o sopprimerlo, o

farlo eseguire; e nulla ostante ciò niuno si è mai avvisato pretendere che un simile testamento fosse nullo, pe 'l solo motivo ch' era in potere di un terzo il renderlo senza effetto. D'altronde il contratto di deposito ha regole che gli sono particolari, e che fanno sovente eccezione ai principj stabiliti sopra altre materie. Da ciò venne, che li 23 Luglio 1758 dal Tribunale del Chatelet di Parigi fu giudicato che il depositario d'una somma di denaro doveva renderla non agli eredi del deponente che la reclamavano, ma alla persona che il deponente stesso aveva designato. Si pretese invano che il deposito non ispogliava il deponente; che per conseguenza questi conservando la proprietà ed il possesso della cosa depositata, la trasmetteva a' suoi eredi con tutti gli altri suoi diritti: i Giudici non ebbero riguardo che alla legge del contratto, e alla dichiarazione del depositario.

Samson, che si pretende legatario universale, non può esercitare in questa qualità altri diritti, che quelli trasmessigli da Luigi Sauzeau. Ora se Luigi Sauzeau, dopo aver fatto il deposito, ne avesse domandato la restituzione, ed il depositario gli avesse risposto di averne, in conseguenza delle convenzioni passate fra di essi, già disposto; non vi sarebbe dubio che il deponente avrebbe dovuto riportarsi a questa dichiarazione, e che non avrebbe potuto reclamare nulla in contrario. In questo modo una questione simile fu giudicata con una Decisione del Parlamento di Parigi li 14 Maggio 1705, riportata da Augeard, Tomo I. pag. 816. Ma se la dichiarazione del depositario fa fede a riguardo del deponente, come potrebb' essa non far fede a riguardo di quelli che si pretendono suoi successori? Vedi la *Collezione delle Decisioni nuove* di Denisart, messe in un nuovo ordine, voce *Deposito.* Augeard, Tom. I. pag. 816, e Tom. II. pag. 135-136. *Dizionario di Brillon*, voce *Deposito.*

Dunque Samson non potrebbe querelarsi della distruzione del testamento di Luigi Sauzeau, quand' anche fosse provato che questo testamento abbia esistito, e che Modesta Sauzeau lo abbia distrutto; perocchè in tal caso sarebbe provato essere esso stato abbruciato per ordine del testatore. Ma s' egli fosse autorizzato a querelarsene, dovrebbe provare che questo testamento era scritto, datato e sottoscritto dal testatore, e che rivocava quello stato fatto in favore di Modesta Sauzeau; perchè a fine di avere il diritto di reclamare il legato universale, che pretende essergli stato fatto, fa d'uopo che tutte queste condizioni siano state adempiute.

La Corte di Cassazione, con sua Decisione del 17 Febrajo 1807, ha già deciso che non si poteva ordinare l'esecuzione di un testamento,

la cui esistenza fosse provata, se nello stesso tempo non fosse provato che questo testamento era valido; e devesi osservare che nel caso contemplato da questa Decisione il testamento era stato eseguito quindici anni prima, e che la validità era attestata dal Notajo che lo aveva ricevuto, e da un Avvocato che lo aveva esaminato, per sapere se era valido. Ora la validità del preteso testamento fatto da Luigi Sauzeau non è stata attestata da verun testimonio. Auzanneau, il solo che su questo proposito avrebbe potuto somministrare qualche notizia, dichiarò ch'egli ne ignorava la data, e non sapeva se il testatore lo avesse scritto.

Ma, si dice, gli eredi di Modesta Sauzeau non possono pretendere che il testamento fosse nullo, dopo aver messo il legatario universale nell'impossibilità di provarne la validità.

Modesta Sauzeau non essendo stata nè potendo essere accusata di aver sottratto il preteso testamento con l'intenzione di distruggerlo, essendo anche provato ch'ella non fece abbruciare le carte a lei rimesse che per conformarsi alla volontà di suo fratello; si deve tutt'al più considerare la sua azione (supponendo ch'essa sia legalmente provata) come un semplice quasi-delitto, che può dar luogo ai danni ed interessi: ma se i danni ed interessi non possono essere che un rappresentativo delle perdite che il creditore prova di aver fatte, è necessario che Samson stabilisca aver esistito un testamento *valido* in suo favore. Legrand, sopra lo Statuto di Troyes, art. 168. Tit. 10., ha fin quì preteso che nel caso in cui un erede avesse fraudolentemente soppresso un testamento publico, il legatario non era dispensato di provarne la validità; e questa opinione sembra essere stata seguíta da Danty sopra Boiceau, *Trattato della prova testimoniale in materia civile*, Aggiunte al Capo XVII. n.° 11.

Se Auzanneau, o qualunque altra persona, avesse soppresso il deposito affidatogli, non si avrebbe potuto condannarlo ai danni ed interessi se non dopo avere stabilito che questo deposito conteneva dei titoli, e che questi titoli erano validi; perocchè sarebbe assurdo pretendere che si possano ottenere i danni e gl'interessi sopra una semplice asserzione. Ma se Auzanneau non avrebbe potuto in questo caso essere condannato a pagare il valore della successione del preteso testatore, egli è impossibile condannare gli eredi ad abbandonare questa stessa successione, perchè i danni e gl'interessi si calcolano non dalla qualità delle persone, ma dalla perdita reale che le parti hanno sofferto.

Samson ha preteso che Auzanneau non fosse depositario del testamento fatto a favore di Modesta Sauzeau, per la ragione, egli disse, che

questo testamento non gli è stato rimesso che dopo la morte del testatore; d'onde conchiuse, che la dichiarazione da lui fatta che questo testamento sarebbe eseguito solo nel caso in cui Modesta Sauzeau sopravivesse al testatore, non doveva far fede.

Questo ragionamento inchiude due errori, che importa distruggere. Prima di tutto consta in fatto che Luigi Sauzeau volle confidare ad Auzanneau il testamento ch'egli aveva fatto a favore di sua sorella; che non avendolo trovato su l'istante, gli promise di rimetterglielo; che lo stesso giorno lo rimise a Blin, con ordine di portarlo ad Auzanneau; e finalmente che Blin adempì la sua commissione, ma dopo la morte del committente. Ora questa circostanza, che il mandante era morto avanti l'esecuzione del mandato, ha forse snaturate le convenzioni ch'ebbero luogo fra le parti?

L'art. 2003. del Codice Napoleone vuole, egli è vero, che il mandato finisca con la morte del mandante; ma l'art. 2009. porta, che anche in questo caso gli obblighi del mandatario verso i terzi, che sono di buona-fede, debbono essere eseguiti. Ora non si pretese giammai che Auzanneau non fosse di buona-fede.

D'altronde se la legge vuole che il mandato finisca con la morte del mandante, egli è pe 'l solo motivo ch'essa presume che i suoi eredi non possono avere la stessa confidenza nel mandatario; ma quando il mandato per sua natura deve, come nel caso presente, essere eseguito allorchè il mandante non esiste più, è certo che la morte di questo non può farlo cessare.

Voet, dopo avere stabilito che il mandato finisce con la morte del mandante, aggiunge: *Fallit tamen superior regula, si id mandatum sit, quod demum post mortem mandantis impleri potest, veluti monumentum sibi fieri.* Voet *ad Pand.* Lib. XVII. Tit. I. n.° 15. Ed il Codice Napoleone, dando ai testatori la facoltà di nominare degli esecutori testamentarj, accorda loro ben anche il diritto di eleggere dei mandatarj per il tempo in cui essi non esisteranno più.

Il secondo errore di Samson consiste in ciò, che da un principio falso deduce una falsa conseguenza. Egli pretende che Auzanneau non essendo stato depositario del testamento fatto a favore di Modesta Sauzeau, la dichiarazione da lui fatta (cioè che questo testamento dovesse eseguirsi a preferenza di quello co 'l quale esso Samson veniva instituito legatario universale) non deve fare alcuna fede. Ma egli è come dire che Auzanneau non merita fede su le dichiarazioni ch' egli fece relativamente al preteso testamento, del quale era depositario, precisa-

mente perchè egli non ha ricevuto in deposito il testamento fatto in favore di Modesta Sauzeau: la qual cosa è un'assurdità evidente, imperocchè non trattasi di sapere se quest' ultimo testamento fosse valido, ma soltanto se quello che Samson pretende essere stato fatto a suo favore debba essere eseguito.

Gli eredi di Modesta Sauzeau corroboravano questi motivi di difesa con le circostanze particolari della causa: essi rammentavano i contrasegni di benevolenza che Luigi Sauzeau aveva sempre dati a sua sorella; e quanto sia poco verosimile ch' egli avesse fatto rimettere un testamento che non le dava alcun vantaggio, affinchè ella lo facesse eseguire.

Auzanneau dalla parte sua sosteneva d' essere stato male a proposito chiamato in causa; che avendo dichiarato l'uso che aveva fatto del deposito dietro la volontà del deponente, si doveva prestar fede alla sua dichiarazione, a termini degli articoli 1924. e 1937., e che niente potevasi esigere da lui.

DECISIONE.

In punto di Diritto si domanda se l'art. 1924. del Codice Napoleone (il quale stabilisce che quando il deposito eccedente 150 franchi non è provato con iscrittura, si presta fede a colui ch' è convenuto come depositario, su la dichiarazione tanto per le cose che ne formano l'oggetto, quanto per fatto della loro restituzione) debba essere esteso al di là delle sue disposizioni.

In altri termini: il depositario, che ammette il deposito della cosa depositata, e dice d'averla rimessa alla persona che a lui era stata indicata, dev' essere creduto quando dice che la cosa depositata non doveva aver effetto se non nel caso in cui la persona, alla quale è stata rimessa, sopravivesse al deponente?

Il principio stabilito dall'art. 1356., il quale porta che la confessione giudiziaria non può essere divisa contro colui che l' ha fatta, riceve eccezione in materia di soppressione di testamento?

Auzanneau non essendo depositario del testamento 14 Termidoro, anno XIII., può essere creduto su la dichiarazione che Luigi Sauzeau voleva che questo testamento prevalesse sopra ogni altro testamento posteriore?

Essendo riconosciuto, specialmente dietro l'interrogatorio di Auzanneau, che il testamento fatto a profitto di Samson è posteriore a quello fatto a favore di Modesta Sauzeau li 14 Termidoro, anno XIII.,

quest' ultimo testamento poteva distruggere il testamento fatto a favore di Samson? La lettura del testamento di Samson essendo stata fatta agli eredi di Luigi Sauzeau, Modesta Sauzeau, o qualunque altro erede, aveva il diritto di farlo bruciare?

Essendo riconosciuto che il testamento fatto a favore di Samson era puro e semplice, e portava in suo favore un legato di tutto ciò che la legge permetteva al testatore di disporre; v' ha forse luogo a condannare li signori e signore Sauzeau a restituirgli la totalità della successione di Luigi Sauzeau?

Auzanneau doveva essere messo in causa? —

Sopra tutto ciò, uditi i patrocinatori e gli avvocati delle parti nelle loro conclusioni e rispettive ragioni;

Considerando che Auzanneau non era depositario del testamento dell' anno XIII., fatto in favore di Modesta Sauzeau, poichè questo testamento non gli è stato rimesso che dopo la morte del testatore;

Considerando che la dichiarazione di un depositario incaricato di due testamenti non può distruggere il testamento posteriore che revoca l' anteriore;

Considerando che Modesta Sauzeau avendo data lettura del testamento contenuto nel piego depositato, e questo testamento essendo stato riconosciuto universale a profitto di Samson, la detta Modesta Sauzeau non aveva diritto di farlo bruciare, e di pregiudicare così ai diritti di un terzo;

Considerando che non si fa luogo a pronunciare condanna contro Auzanneau, ma che la sua presenza nella causa era necessaria:

La Corte dice essere stato mal giudicato con la Sentenza appellata; essersi bene appellato: ed emendando, condanna gli eredi Sauzeau a rimettere e restituire a Samson i beni mobili ed immobili, componenti la successione di Luigi Sauzeau, ec.

Del 22 Genajo 1812. Corte d' Appello sedente a Poitiers (1).

Ricorso in Cassazione.

Gli eredi Sauzeau sostenevano che il sig. Luigi Sauzeau avendo ordinato la distruzione del testamento a favore di Samson, questo mandato autorizzava Modesta Sauzeau a bruciarlo, come si confessa essere stato fatto. Il mandato versava sopra una cosa lecita: e siccome il Codice Napoleone avvalora ogni contratto, e per conseguenza ogni mandato che

(1) Sirey, Tomo XI. Parte II. pag. 153 al 159.

non è contrario all'ordine publico e ai buoni costumi; così ciò che fu fatto fu fatto validamente.

Invano si direbbe (continuava la parte Sauzeau) che trattavasi di un *mandato verbale* in una materia eccedente la somma di 150 franchi, e che questo mandato non era provato che dall'asserzione di Auzanneau.

Così essendo la cosa, se gli eredi Sauzeau non avevano altra prova del mandato che la loro dichiarazione unitamente a quella del sig. Auzanneau, ne risulta che da queste sole dichiarazioni si prova l'esistenza del testamento di Samson. Ora siccome Samson si prevale delle confessioni della parte Sauzeau, e della dichiarazione di Auzanneau relativamente al detto testamento; così non può rigettare queste dichiarazioni nella parte riguardante l'esistenza del mandato verbale (art. 1356).

La Corte Imperiale ha dunque definitivamente ricusato di dar effetto al mandato valido, e debitamente comprovato: dunque la Corte ha violato gli articoli 1134. e 1985. del Codice Napoleone.

La parte ricorrente soggiungeva, che anche supponendo che Modesta Sauzeau non avesse validamente distrutto il testamento fatto a favore di Samson, la Corte d'Appello non poteva in tale ipotesi ordinare l'esecuzione di questo testamento, senza obligare preliminarmente il legatario a giustificarne la regolarità, a termini dell'art. 970. In appoggio di questa difesa esiste una Decisione della Cassazione del 16 Febrajo 1807, sopra Rapporto del sig. Busschop, e sopra le Conclusioni del sig. Jourde [1]. Questa Decisione stabilisce, che per essere ammesso a profittare del testamento non basta provarne l'esistenza, ma fa d'uopo anche provarne la regolarità.

Il sig. Samson rispondeva, che il sig. Sauzeau non poteva dare a sua sorella un *mandato verbale* di distruggere il testamento, specialmente dopo la sua morte.

Egli sosteneva che questo mandato, avendo per oggetto la revoca d'un testamento, entrava per ciò solo nella disposizione dell'art. 1035. del Codice Napoleone, e non poteva aver luogo che in iscritto, nel senso che la scrittura era essenziale in un tal mandato, per eccezione alla regola generale dell'art. 1985. Egli aggiungeva, che dando effetto alla confessione delle dichiarazioni di Auzanneau relativamente al detto testamento abbruciato, e nello stesso tempo ricusando di dar loro effetto relativamente al mandato di distruggerlo, non si divideva la confessione, in opposizione all'art. 1356. del Codice Napoleone. Si dividerebbe que-

(1) Sirey, Tomo VII. Parte I. pag. 97.

sta confessione, se si ricusasse di credere all'esistenza del mandato; ma egli è appunto ammettendo l'esistenza di questo mandato, che noi lo pretendiamo nullo e di nessun effetto, dietro l' art. 1035. del Codice Napoleone, e che richiamiamo l'esecuzione del testamento fatto in favore di Samson.

Per ciò che concerne la questione della regolarità del testamento, Samson sosteneva che il fatto della distruzione di questo testamento aveva messo il legatario nell' impossibilità di stabilirne la regolarità; che ciò essendo avvenuto pe 'l fatto della parte avversaria, essa non poteva gettare sopra Samson il carico della prova, divenuta ormai impossibile; che niuno può nuocere altrui co 'l suo fatto o co 'l suo fallo (articolo 1382).

Il sig. Pons, avvocato generale, ha conchiuso per la cassazione.

Questo magistrato ha opinato che nel caso presente trattavasi meno d'un mandato di distruggere o di rivocare un testamento, che d'un mandato di non produrre il testamento in questione in un caso preveduto; che così l' art. 1035. del Codice Napoleone non poteva in questa causa essere invocato; che l'art. 1985. su l'effetto del mandato verbale restava in tuttta la sua forza; e che la Corte d'Appello non aveva potuto attribuire effetto alle dichiarazioni di Auzanneau ed agli eredi Sauzeau su 'l testamento Samson, e ricusare poi effetto a queste stesse dichiarazioni su l'esistenza del mandato, senza violare l'art. 1356. del Codice Napoleone su l' indivisibilità della confessione giudiziaria.

DECISIONE.

La Corte: 1.° Attesochè è provato tanto con la dichiarazione giudiziaria di Auzanneau depositario del secondo testamento di Luigi Sauzeau, quanto con quelle dei ricorrenti, tutti fratelli e sorelle di quest'ultimo, che il detto testamento, redatto in forma ológrafa, era di una data posteriore a quella del 14 Termidoro, ch'egli aveva fatto redigere davanti Notajo, e co 'l quale aveva legato a Modesta Sauzeau, una delle sue sorelle, l'universalità de' suoi beni; che con questo secondo testamento egli al contrario legava a Samson tutto ciò che la legge gli permetteva di disporre: d'onde segue che questo testamento importava la revoca del primo, fatto a favore di sua sorella Modesta Sauzeau.

2.° Attesochè siccome ogni disposizione testamentaria dev' essere provata in iscritto, così pure la revoca deve parimente essere comprovata nella stessa forma, vale a dire in iscritto; che da questo principio riconosciuto dall'antica Ordinanza su i testamenti del 1735, e adottata

dal Codice Napoleone, risulta che ogni condizione verbale e non provata in iscritto, ed apposta dal testatore al suo testamento, è radicalmente nulla; d'onde segue che la dichiarazione d'Auzanneau, nel suo interrogatorio su i fatti ed articoli, che al momento del deposito da lui ricevuto dalle mani di Luigi Sauzeau, d'un piego contenente un secondo testamento, Sauzeau gli raccomandò di non rimetterlo che alla detta Modesta Sauzeau, nel caso in cui ella sopravivesse, con la facoltà di farne ciò che la medesima crederebbe a proposito, non è ammissibile mediante prova verbale, nè può essere comprovata in un modo legale se non per iscritto, perchè questa condizione verbale tendendo a stabilire la prova della revoca di un testamento, non può nulla influire su la sorte del testamento contenuto nel detto piego.

3.° Attesochè la sua esistenza essendo provata dalle *dichiarazioni giudiziarie* riunite tanto del detto Auzanneau, quanto dei fratelli e sorelle Sauzeau; ed essendo dall'altra parte nel medesimo modo comprovato essere lo stesso testamento stato lacerato e bruciato per ordine e consenso della detta Modesta Sauzeau; gli eredi di quest' ultima non sono ammissibili, nè possono caricare sopra Samson attore la prova della legalità delle forme con le quali il testamento è stato redatto, poichè esso fu distrutto ed annichilato per fatto proprio delle parti interessate alla sua distruzione ed al suo annientamento: ciò che basta per giustificare la presunzione di Diritto, essere il detto testamento olografo stato rivestito di tutte le forme capaci a fargli produrre il suo pieno effetto.

4.° Attesochè, così giudicando, la Corte Imperiale di Poitiers non ha potuto contravenire agli articoli 970. 1341. 1924. del Codice Napoleone, nè ad alcun'altra legge; rigetta, ec.

Del 1.° Settembre 1812. Corte di Cassazione, Sezione civile. Presidente il sig. Conte Muraire p. p. Relatore il sig. Consigliere Cochard. Conclusionario il sig. Pons avvocato generale (1).

OSSERVAZIONE.

§ 1084. Da questa Decisione si può forse dedurre che il fatto dell'*esistenza* e del *contenuto* di un testamento si possa far constare con prova verbale, perchè con prove verbali si prova il fatto della distruzione? Si dirà forse che di massima sia in ciò ammissibile la prova testimoniale almeno indirettamente, e che per conseguenza fingendo una

(1) Sirey, Tomo XIII. Parte I. pag. 133-134.

distruzione, si possa creare la formazione di un testamento mediante prova testimoniale? Si badi bene. Il fatto della distruzione essendo in ipotesi appoggiato alla stessa prova del fatto della formazione, non potrebbe far fede nè dell'una nè dell'altra circostanza, senza che la legge autorizzasse la prova tanto per l'uno quanto per l'altro caso. Sarebbe sempre una viziosa petizione di principio il far fondamento su la prova testimoniale per asserire l'esistenza ed il contenuto di un testamento, onde condannare il fatto posteriore della soppressione del testamento stesso. Quindi il pericolo di fingere originariamente un testamento mediante l'asserzione dei testimonj risulterebbe sempre lo stesso, e non si verificherebbe che un giro artificioso, provando per testimonj la distruzione di un testamento, del cui vero contenuto e validità non risultasse d'altronde con prova scritta, o indipendente dalla fede testimoniale.

Il fatto della distruzione o soppressione di un testamento in genere, del cui contenuto o della cui regolarità non constasse con prove diverse dalla testimoniale, potrebbe bensì dar luogo ad una processura criminale, e quindi con prove testimoniali far punire l'autore della soppressione o distruzione: ma non potrebbe dar luogo ad una petizione di eredità o di legato, onde far devolvere ad un terzo la sostanza di un defunto, cui la legge volle non trasferibile con la sola asserzione testimoniale; perchè la prova testimoniale non basta a far fede della volontà del defunto.

Come dunque si concilia la recata Decisione co'i principj ricevuti?

Prima di tutto osservo che l'attributo di *prova*, sia testimoniale, sia scritta, importa di sua natura di *far fede*, voglia o non voglia la parte contro la quale viene prodotta. Dire pertanto che la prova testimoniale nella figurata ipotesi sia ammissibile, sarebbe lo stesso come dire che per legge essa debba e possa far fede in contradittorio fra le parti. Ma domando io: è questa forse la conseguenza che risulta dalla recata Decisione? Non mai. Vero è che la dichiarazione del depositario Auzanneau, rispetto agli eredi Sauzeau, in ultima analisi non si riduce che ad una testimonianza; ma è vero del pari, che essendo stati allegati dei fatti proprj anche agli eredi suddetti, come quello dell'apertura e della lettura del testamento di cui si disputava, fatta in loro presenza, e d'altre circostanze che non furono contradette, ed anzi in parte furono espressamente ammesse e confessate; lungi che quì si facia stato su la prova testimoniale, e venga assunta come decisiva, si fa uso per lo contrario di *confessione giudiziale* della parte interessata, e che volontariamente, mediante il fatto della propria confessione, dispone del proprio diritto.

Quanto al giudicato della Corte di Cassazione, riposando esso su'l giudizio del fatto della Corte d'Appello, che in giudizio di Cassazione era intangibile, basti osservare a qual *fonte* di prova la Corte di Cassazione abbia riportato il fatto dell'esistenza e del contenuto, e della successiva distruzione del testamento, senza che per massima sia necessario indagare se la Corte d'Appello l'abbia o no verificato a dovere. — Ora dalla Decisione di Cassazione risulta non essersi essa riportata alla prova testimoniale, ma propriamente alla confessione giudiziale della parte interessata, cui si trattava di spogliare della eredità, ed alla quale era libero non offrire prove contro di sè, o convalidare l'asserzione che veniva prodotta contro di lei.

ANNOTAZIONE DI ROMAGNOSI

RELATIVA AI LIVELLI, EC.

(Vedi gli scritti inseriti in questo Volume, pag. 565 e seg., 600 e seg, 657 e seg.)

Dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* del 1812, Tom. IV. pag. 247.

DECISIONE DELLA CORTE D'APPELLO DI MILANO.

§ 1085. « L'abolizione dei vincoli fedecommissarj, portata dalla » legge 6 Termidoro, anno V., non inchiude l'abolizione dei livelli pro- » gressivi *ex pacto et providentia.* » (Decisione 26 Agosto 1812.)

NOTA

Questa materia, che ha diversi aspetti e che dev'essere considerata nei due tempi, posteriore cioè alla legge 6 Termidoro e prima del Codice Napoleone, e posteriore al Codice Napoleone (e quì nel doppio aspetto della Ragione feudale e della Ragione comune), esige la più grande precauzione nell'applicare le massime astratte.